Das zeitliche Verhältnis von Einigung und Uebergabe bei der Fahrnisübereignung des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Rostock

vorgelegt von

Hans Faull
Gerichtsassessor aus Schwerin.

Rostock
Carl Hinstorffs Hofbuchdruckerei
1928

Referent: Professor Dr. Feine.

Inhaltsübersicht.

Seite

A. § 1. Einleitung 9

B. Das zeitliche Verhältnis von Einigung und Uebergabe bei der Fahrnisübereignung.

I. Einigung und Uebergabe.

a) § 2. Die Rechtsnatur der Einigung im allgemeinen bei der Fahrnisübereignung . . 12

b) § 3. Die Rechtsnatur der Einigung des § 929 S. 2 BGB. 15

c) § 4. Die Arten der Uebergabe 16

d) § 5. Die Rechtsnatur der Uebergabe bei der Fahrnisübereignung 19

II. Das zeitliche Verhältnis von Einigung und Uebergabe bei den §§ 929 S. 1, 932 S. 1 BGB.

a) § 6. Zeitliches Zusammenfallen 22

b) § 7. Kann die Uebergabe der Einigung vorangehen? 25

c) § 8. Kann die Einigung der Uebergabe vorangehen? 26

d) § 9. Das zeitliche Verhältnis bei Hinzufügung einer Bedingung 39

III. Das zeitliche Verhältnis von Einigung und Uebergabe bei den §§ 930, 933 BGB.

a) § 10. Das Besitzkonstitut 42

b) § 11. Das zeitliche Verhältnis beim gewöhnlichen Besitzkonstitut 45

c) § 12. Das zeitliche Verhältnis beim antizipierten Besitzkonstitut 51

IV. Das zeitliche Verhältnis von Einigung und Uebergabe bei den §§ 931, 934 BGB.

a) § 13. Die Abtretung des Herausgabeanspruches 68

b) § 14. Das zeitliche Verhältnis 70

Seite

V. Das zeitliche Verhältnis von Einigung und Uebergabe bei den §§ 929 S. 2, 932 S. 2 BGB.

a) § 15. Die Uebergabe kurzer Hand und das zeitliche Verhältnis 72

b) § 16. Die antizipierte Uebergabe kurzer Hand . 75

C. § 17. Schluß 79

Literaturverzeichnis.

Aravantinos, Die Anfechtbarkeit der Besitzübertragung im deutschen bürgerlichen Recht. In Iherings Jahrb. f. d. Dogm. d. bürg. Rechts Bd. 48 S. 101 ff.

Biermann, Das Sachenrecht des bürgerlichen Rechts. Kommentar. 3. Aufl. 1914.

Brecht, Bedingung und Anwartschaft. In Iherings Jahrb. f. d. Dogm. d. bürg. Rechts Bd. 61 S. 263 ff.

Bruck, Die Einigung im Sachenrecht. 1900.

Buhl, Das Recht der beweglichen Sachen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. 1901.

Cosack-Mitteis, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 2. Bd. 7./8. Aufl. 1924.

Crome, System des bürgerlichen Rechts. 1905.

D.J.Z. = Deutsche Juristen-Zeitung.

Eccius, Einigung und dinglicher Vertrag im Sachenrechte. In Gruchots Beitr. zur Erl. d. dtsch. Rechts Bd. 47 S. 51 ff.

— Wesen der Verfügung. In Gruchots Beitr. z. Erl. d. dtsch. Rechts Bd. 48 S. 465 ff.

— Zur Frage der Abtretung künftiger Forderungen. In D.J.Z. 1904 S. 53 ff.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 8./9. Aufl. 1905.

Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Allgemeiner Teil. 25.—29. Aufl. 1926.

— Recht der Schuldverhältnisse. 23.—27. Aufl. 1927.

Fischer, Das antizipierte Besitzkonstitut, insbesondere bei der Sicherungsübereignung von Warenlagern. Diss. Rostock 1928.

Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch, systematisch dargestellt. 1905.

Hedemann, Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches. 1924.

Henle, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. I. Allg. Teil. 1926.

Hoeniger, Sicherungsübereignung von Warenlagern. 2. Aufl. 1912.

Juristische Wochenschrift (J.W.).

Kohler, Vertrag und Uebergabe. Im Arch. f. bürg. Recht. Bd. 18 S. 1 ff.
Korn, Handbuch des Zivilrechts. 2. Aufl. 1927.
Lasl, Fragen der Besitzlehre. In Iherings Jahrb. f. d. Dogm. d. bürg. Rechts Bd. 63 S. 71 ff.
L.Z. = Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht.
Lenel, Stellvertretung und Vollmacht. In Iherings Jahrb. f. d. Dogm. d. dtsch. Rechts Bd. 36 S. 1 ff.
Leonhard, Bürgerliches Recht, ein Lehrbuch in kurzen Sätzen. 1923.
— Vertretung beim Fahrniserwerb.
Lindemann-Soergel, Das Bürgerliche Gesetzbuch. 1921.
Mecklenburgische Zeitschrift für Rechtspflege und Rechtswissenschaft.
Meisner, Das Sachenrecht. Kommentar zum 3. Buch des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1901.
Meyer-Stromfeldt, Die Eigentumsübertragung an besitzlosen beweglichen Sachen. Diss. Greifswald 1917.
Minden, Die aufschiebend bedingte und befristete Fahrnisübereignung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Diss. Greifswald 1919.
Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs.
Müller, Die Zulässigkeit der Veräußerung künftiger Mobilien. In Gruchots Beitr. zur Erl. d. dtsch. Rechts Bd. 54 S. 226 ff.
Neuburger, Eigentumserwerb und Anspruchsabtretung. 1901.
Oertmann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Allgem. Teil. 3. Aufl. 1927.
— Recht der Schuldverhältnisse. 3./4. Aufl. 1910.
— Die Rechtsbedingung. 1924.
— Beiträge zur Lehre von der Abtretung des Eigentumsanspruchs. Im Archiv für Civilistische Praxis Bd. 113 S. 51 ff.
O.L.G. = Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts. Herausgegeben von Mugdan und Falkmann.
Ortlieb, Einigung und dinglicher Vertrag. Diss. 1904.
Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 4. Aufl. 1913/20.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs.
Raape, Gebrauchs- und Besitzüberlassung. In Iherings Jahrb. f. d. Dogm. d. bürg. Rechts Bd. 71 S. 97 ff.
RG. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

RG.Komm. = Das Bürgerliche Gesetzbuch, erläutert von Reichsgerichtsräten und Senatspräsidenten. 6. Aufl. 1928.
Rosenberg, Sachenrecht. 1. Bd. 1919.
Savigny, System des heutigen römischen Rechts. 8. Bd. 1840.
Schneider, Der Begriff der Uebergabe nach § 929 und § 1205 BGB. bei offenem Besitz. In Zeitschr. f. Rechtspflege in Bayern. 1916, S. 383 ff.
Schundau, Die Erfordernisse des Rechtsverhältnisses in § 930 des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Diss. 1912.
Sohm-Mitteis-Wenger, Institutionen des römischen Rechts. 17. Aufl. 1923.
Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 12./13. Aufl. 1926/27.
Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 9. Aufl. 1925/26.
Stintzing, Die Uebertragung beweglicher Sachen. 1911.
Stöver, Ist die Einigung im Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches ein Rechtsgeschäft? Im Arch. f. bürg. Recht Bd. 26 S. 149 ff.
v. Tuhr, Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts. 3 Bd., 1910/18.
— Zur Lehre von der Anweisung. In Iherings Jahrb. f. d. Dogm. d. bürg. Rechts. Bd. 48 S. 1 ff.
— Verfügung über künftige Forderungen. In D.J.Z. 1904, S. 426 ff.
Tillich, Zur Eigentumsübertragung durch Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe nach § 931 des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Diss. 1904.
Walsmann, Der Verzicht. 1912.
Warneyer, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Bd. 1 1923, Bd. 2 1927.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. 8. Aufl. 1900.
Wolff, Das Sachenrecht. Lehrbuch. 1926.
Zitelmann, Uebereignungsgeschäft und Eigentumserwerb an Bestandteilen. In Iherings Jahrb. f. d. Dogm. d. bürg. Rechts. Bd. 70 S. 1 ff.

A. Einleitung.

§ 1.

Nach dem geltenden Recht sind zur Eigentumsübertragung beweglicher Sachen grundsätzlich[1]) die Uebergabe der zu übereignenden Sache und der beiderseitige Wille der Parteien zur Uebereignung erforderlich (§ 929 BGB.).

Das BGB. schließt sich damit dem sog. Traditionsprinzip an, wonach zur Uebereignung neben anderen Momenten die Uebergabe der Sache erforderlich ist. Dieses Prinzip galt anschließend an das römische und deutsche Recht auch schon im gemeinen Recht, nach dem sich der Eigentumswechsel ebenfalls durch Besitzübertragung mit Willenseinigung der Parteien über den Eigentumswechsel vollzog.

Im Gegensatz zum Traditionsprinzip steht das Vertragsprinzip, dem z. B. das französische Recht[2]) folgt. Nach dem Code civil geht das Eigentum beweglicher Sachen schon mit Abschluß des auf Uebereignung gerichteten obligatorischen Vertrags über[3]) ohne daß es einer Uebergabe der betreffenden Sache bedarf. Der bloße Schuldvertrag schafft also hier die sog. dingliche Wirkung, denn durch ihn erleidet der Anspruch aus einem absoluten Recht, das gegen jedermann wirkt, eine Veränderung, indem der Inhaber des Rechtes wechselt.

Das gemeine Recht folgte, wie erwähnt, nicht dem Vertrags-, sondern dem Traditionsprinzip und forderte zum Eigentumswechsel die Besitzübertragung; es wurde üblich,

---

1) Es gibt verschiedene Ausnahmen, z. B. § 7 Abs. 1 Depot-Ges.

2) Weitere Angaben hierüber siehe bei Kohler S. 49 ff.

3) Art. 711: „La propriété des biens s'aquiert et se transmet . . . . par l'effet des obligations."

die traditio des römischen Rechts, unter dessen Herrschaft sich schon die Ueberzeugung herausgebildet hatte, daß es zur traditio nicht auf den Willen des Tradenten allein, sondern auf den beiderseitigen Parteiwillen ankäme, als besonderen Vertrag zu bezeichnen, der verschieden vom schuldrechtlichen Vertrag ist. Savigny[4]) nannte ihn daher auch ausdrücklich einen dinglichen Vertrag, weil er sich auf das Gebiet des Sachenrechts erstreckt. Darin lag an sich nichts Besonderes, denn es war damals schon und ist auch heute noch allgemein anerkannt, daß Verträge nicht nur im Recht der Schuldverhältnisse, sondern auch im Sachen-, Familien- und Erbrecht vorkommen[5]). Die Motive zum BGB.[6]) erklärten deshalb auch die Vorschriften des Allgemeinen Teils des BGB. über Verträge, soweit nicht Bestimmungen des Sachenrechts dem entgegenstehen, auf den dinglichen Vertrag für anwendbar.

Als dinglicher Vertrag selbst wurde schon im gemeinen Recht die Willenseinigung der Parteien über den Eigentumswechsel angesehen. Die zum Eigentumswechsel erforderliche Uebergabe dagegen galt nicht als Bestandteil des Vertrages, sondern als Form, in die der dingliche Vertrag gekleidet war. Windscheid[7]) sagt daher z. B.: „Der Eigentumsübergang setzt voraus einen Eigentumsübertragungsvertrag. Dieser Vertrag sodann bedarf einer gewissen Form, diese Form ist die Uebergabe der Sache."

Diese Ansicht blieb die herrschende bis zum BGB. Bei den Beratungen zum BGB. wurde dann aber im Entwurf die Frage, ob die Uebergabe die Form des dinglichen Vertrages sei oder nicht, absichtlich unentschieden gelassen, da diese Frage als theoretische lediglich von der Wissenschaft, aber nicht im Gesetzbuch zu lösen sei. Die Motive[8]) bezeichnen infolgedessen die Uebergabe als „ein notwendig präsentes Moment des dinglichen Vertrages", sie lehnen es ausdrücklich ab, die Uebergabe als Bedingung für die Wirk-

4) Bd. 3 § 140.
5) Enneccerus, § 137 II, 2.
6) Bd. III S. 8.
7) Bd. I S. 779/80.
8) Bd. III S. 336.

samkeit des dinglichen Vertrages zu bezeichnen, von deren Vornahme es abhängt, ob der mit dem dinglichen Vertrag bezweckte Erfog eintritt oder nicht.

Die zweite Kommission zur Beratung des BGB. hielt zwar daran fest, daß zum Eigentumswechsel Uebergabe und Willenseinigung erforderlich seien, gab aber die Konstruktion der Uebergabe als Form des dinglichen Vertrages auf und beschloß [9]), im BGB. zum Ausdruck zu bringen, daß die Uebergabe zur Einigung hinzukommen müsse, die Uebergabe solle nicht die Form des dinglichen Vertrages darstellen, sondern solle ein selbständiges Erfordernis für den Eigentumsübergang beweglicher Sachen sein. Uebergabe und Willenseinigung sollten einander gleichwertig sein.

Dementsprechend heißt es in § 929 BGB.: „... übergibt und beide darüber einig sind ..." Es ist also in grundsätzlicher Anerkennung des Traditionsprinzipes damit gesagt, daß eine Uebergabe und eine Willenseinigung — denn das Einigsein des Gesetzestextes setzt eine Einigung mit Notwendigkeit voraus — für den Eigentumswechsel erforderlich sind. Mehr ist aber auch nicht ausdrücklich gesagt, insbesondere nichts über die gegenseitige Stellung der beiden Erfordernisse zum Eigentumswechsel untereinander, da auch dies theoretische Fragen sind, die nicht im Gesetzbuch zu entscheiden waren, sondern späterer Erörterung überlassen bleiben mußten.

Im folgenden soll nun als eine besondere Frage dieses Gebiets untersucht werden, in welchem zeitlichen Verhältnis die beiden Erfordernisse der Eigentumsübertragung beweglicher Sachen zueinander stehen.

---

9) Prot. Bd. 3 S. 196.

B. Das zeitliche Verhältnis von Einigung und Uebergabe bei der Fahrnisübereignung.

I. Einigung und Uebergabe.

§ 2.

a) Die Rechtsnatur der Einigung im allgemeinen bei der Fahrnisübereignung.

Bevor auf das eigentliche Thema eingegangen werden kann, ist die rechtliche Natur der Einigung einerseits und die der Uebergabe andererseits zu prüfen, denn es erscheint als logische Voraussetzung, daß man, will man zwei Dinge auf ihr zeitliches Verhältnis zueinander untersuchen, zunächst den Begriff der einzelnen Dinge für sich prüfen und feststellen muß.

Es sei daher zunächst die rechtliche Natur der Einigung betrachtet.

Nachdem im ersten Entwurf zum BGB. bestimmt war, daß zur Eigentumsübertragung beweglicher Sachen ein „Vertrag" und die Uebergabe erforderlich seien [10]), beschloß die zweite Kommission [11]), für „Vertrag" den neutralen Ausdruck Einigung zu setzen. Es ist nun in der Folgezeit ein lebhafter Streit darüber entstanden, ob die Einigung dasselbe bedeute wie „Vertrag" und daher für sich allein den dinglichen Vertrag ausmache oder ob erst Einigung und Uebergabe zusammen als dinglicher Vertrag zu bezeichnen seien.

Der Begriff des Vertrages ist ein Unterbegriff vom Begriff des Rechtsgeschäfts, das unter Zugrundelegung einer

10) Mot. Bd. III S. 333 ff. u. § 874 des ersten Entwurfs.
11) Prot. Bd. 3 S. 195/196 u. S. 56.

Begriffsbestimmung der Motive [12]) allgemein [13]) mit mehr oder weniger geringen Abweichungen bezeichnet wird als Tatbestand, der eine Willenserklärung oder eine Mehrheit von solchen enthält und von der Rechtsordnung als Grund für den Eintritt der als gewollt bezeichneten Rechtswirkung anerkannt ist" [14]). Ein Rechtsgeschäft muß also geeignet sein, rechtliche Wirkungen hervorzubringen. Das besondere Merkmal des Vertrages als Unterbegriff des Rechtsgeschäfts liegt darin, daß er ein zweiseitiges Rechtsgeschäft ist: der Tatbestand eines Vertrages muß durch mindestens zwei sich deckende Willenserklärungen erfüllt werden, wie sie die oben gegebene Begriffsbestimmung des Rechtsgeschäfts auch vorsieht.

Da die Einigung des § 929 S. 1. BGB. nun streitlos aus zwei übereinstimmenden Willenserklärungen besteht, wird vielfach in Theorie und Praxis behauptet [15]), die Einigung des § 929 S. 1 BGB. sei für sich allein der dingliche Vertrag. Den Vertretern dieser Ansicht kommt es in erster Linie auf das Willensmoment des Vertrages an, es genügt ihnen für den Vertrag, daß sich zwei gegenseitige Willenserklärungen im bewußten Zusammenwirken zur Herstellung eines Rechtserfolges verbinden. Daß der beabsichtigte rechtliche Erfolg, der Eigentumsübergang, erst durch das Hinzutreten eines weiteren Umstandes, der Uebergabe, eintritt, ändert daran nach dieser Ansicht nichts, denn es gibt, so wird behauptet, auch noch andere Verträge, bei denen der Eintritt der gewollten Rechtswirkung noch von dem Hinzutreten eines Tatumstandes abhängig gemacht ist und bei denen trotzdem nach allgemeiner Ansicht schon mit den beiden Willenserklärungen ein Vertrag vorliegt, z. B.

---

12) Bd. I S. 126.

13) Vgl. die umfangreiche Literaturangabe hierzu bei Enneccerus zu § 136.

14) Enneccerus § 136 II.

15) Planck § 929 Anm. 3 *a a*; Staudinger III 1. Teil Vorbem. *B I b*; Warneyer § 929 I; Leonhard S. 101; Henle S. 45; Hedemann S. 92; Buhl § 11 S. 56/57; Korn S. 318; Endemann, Sachenrecht § 19,1; Oertmann Vorbem. 1 *b* zu § 145 BGB.; RG. 66, 99; unentschieden für § 873 BGB. in RG. 99, 67/68.

Verträge, die der Genehmigung (§ 108 BGB.), der Bestätigung durch eine staatliche Stelle (§ 1741 BGB.), eines Zeitablaufs (Tod des Erblassers beim Erbvertrag), einer Mitwirkung des Staates (§ 1317 BGB.) u. a. m. bedürfen. Auch die Einigung des § 929 S. 1 BGB. ist nach den Vertretern dieser Ansicht zu diesen Verträgen zu rechnen, da sie der Uebergabe bedürfe, um wirksam zu werden. Diese Ansicht ist indes abzulehnen.

Nach dem dem BGB. zugrunde liegenden Entwurf sollte, wie dargelegt, die Uebergabe weder die Form noch die Bedingung für die Einigung sein[16]), Einigung und Uebergabe sollten vielmehr selbständige Erfordernisse für den Eigentumsübergang sein, beide zusammen sollten den gewollten Rechtserfolg, den Eigentumsübergang, hervorbringen. Der dinglichen Einigung des § 929 S. 1 BGB. für sich allein bleibt diese Möglichkeit versagt. Nach der oben gegebenen Begriffsbestimmung des Vertrages gehören aber nicht nur zwei übereinstimmende Willenserklärungen zum Wesen des Vertrages, sondern zum mindesten auch die rechtliche Möglichkeit, als Grund für einen Rechtserfolg zu dienen, d. h. einen solchen herbeizuführen. Besteht diese Möglichkeit wie bei der Einigung nicht, so kann man auch nicht von einem Vertrag sprechen, sondern nur von einem Bestandteil eines Vertrages.

Auch die von der Gegenmeinung oben angeführten Vergleiche mit anderen Verträgen können nicht davon überzeugen, daß die Einigung des § 929 S. 1. BGB. ein Vertrag ist. Denn die rechtliche Lage ist in den übrigen Fällen doch erheblich anders als bei § 929 BGB. Zum Teil handelt es sich dabei um Fälle, die — wie bei § 108 BGB. — nur ausnahmsweise des besonderen Tatumstandes der Genehmigung zu ihrer Wirksamkeit bedürfen, da die Minderjährigen besonders schutzbedürftig sind. Zugrunde liegt diesen Fällen aber doch ein Tatbestand, der normalerweise ohne Genehmigung Rechtswirkungen hervorruft. Dieses Grundsätzliche fehlt aber bei § 929 S. 1 BGB. In den Fällen der Mitwirkung des Staates ferner ist eine solche vorgeschrieben, um wegen des für die Allgemeinheit wichtigen Vertrags-

16) Prot. Bd. 3 S. 196.

stoffes dem Staate die Möglichkeit zu sichern, die Staatsinteressen gegenüber den Vertragschließenden wahrzunehmen. Die Mitwirkung ist daher auch nur eine Ausnahme von den üblichen Fällen der Vertragsschließung. Daß bei § 929 S. 1 BGB. irgend ein Grund vorliegt, eine Ausnahme oder Abweichung vom Vertragsbegriff zu machen, kann nicht anerkannt werden.

Daß beim Erbvertrag die Wirkung erst mit dem Tode des Erblassers eintritt, ist selbstverständlich, da das eine unbedingt notwendige Rechtsbedingung ist. Da die Uebergabe aber nicht Bedingung der Einigung sein sollte und auch nicht ist, muß auch dieser von der Gegenseite angeführte Vergleich wie die übrigen abgelehnt werden.

Die Einigung des § 929 S. 1 BGB. bildet daher nach der Begriffsbestimmung des Vertrages mit der Uebergabe zusammen den dinglichen Vertrag, durch den der Eigentumswechsel eintritt, die Einigung allein ist nicht Vertrag, sondern nur das Willensmoment eines dinglichen Vertrages [17]).

§ 3.

b) Die Rechtsnatur der Einigung des § 929 S. 2 BGB.

Nur in einem Fall der Fahrnisübereignung hat die Einigung eine andere Rechtsnatur als die eines bloßen Willensmomentes im dinglichen Vertrag. Fällt nämlich die Uebergabe ersatzlos fort (Uebergabe kurzer Hand § 929 S. 2 BGB.), so tritt der gewollte Rechtserfolg nur auf Grund der Einigung ein: weil die Parteien wollen, daß Eigentum übergehen soll, und dementsprechende Willenserklärungen abgeben, geht Eigentum mit Vorliegen der beiden übereinstimmenden Willenserklärungen über. Der Besitz des Erwerbers (§ 929 S. 2 BGB.) ist dabei nicht

---

17) Wolff § 38 II 2; § 66 I; Enneccerus § 137 II 2; v. Tuhr II 1 § 53 II, 1; Cosack 2, 1 § 24 I 1; Goltmann-Lilienthal 2. Bd. S. 180; Biermann S. 3/4; Eccius S. 51 u. 53; R.G.Komm. § 929 Anm. 1, anders allerdings § 873 Anm. 7; Stöver S. 178; Crome § 378; Bruck S. 17 ff, der allerdings in Einigung und Uebergabe keinen sachenrechtlichen Vertrag sieht; Ortlieb S. 36 u. 44; Fischer S. 41.

Bestandteil des Vertrages, sondern Voraussetzung für diese Art des Uebereignungsvertrages. Im Fall des § 929 S. 2 BGB. muß daher die Einigung allein als dinglicher Vertrag bezeichnet werden, da sie allein den Eigentumsübergang bewirkt [18]).

§. 4.

c) Arten der Uebergabe.

Nach Feststellung der Rechtsnatur der Einigung bei der Fahrnisübereignung hat eine solche jetzt für die Uebergabe zu erfolgen. Vorher muß noch auf die verschiedenen Arten der Uebergabe eingegangen werden.

Eine Definition des Begriffes der Uebergabe gibt das Gesetz nicht. Nach der herrschenden Meinung hat man darunter die Einräumung der tatsächlichen Gewalt über eine Sache im Sinne des § 854 BGB. zu verstehen. Die Uebergabe muß sich danach körperlich vollziehen, sie muß in einem Nehmen und Geben der Sache bestehen. Daher kann nur eine Sache, an der der Eigentümer unmittelbaren Besitz hat, im Sinne des § 929 S. 1 BGB. übergeben werden zu dem Erfolg, daß der Erwerber unmittelbaren Besitz bekommt [19]). Entsprechend dem Publizitätsgedanken des BGB. muß der Besitzwechsel erkennbar sein und derart erfolgen, daß nach der Uebergabe die Herrschaft über die Sache nur von dem Erwerber unter Ausschaltung des bisherigen Besitzers ausgeübt werden kann. Daher genügt eine lediglich symbolische Uebergabe etwa eines Schlüssels zu einem Zimmer nicht, um die im Zimmer befindlichen Sachen zu übergeben [20]); ist allerdings die Uebergabe des Schlüssels nicht nur ein Symbol, sondern wird dadurch tatsächlich ein Herrschaftsverhältnis des Erwerbers über die in dem verschlossenen Raum befindlichen Sachen hergestellt, so liegt Uebergabe vor [21]).

---

18) Wolff § 66 II; Stöver S. 181, 194.

19) Hat der Eigentümer nicht unmittelbaren Besitz, muß Ersatz der Uebergabe nach § 931 BGB. stattfinden, um eine Uebereignung zu bewirken.

20) RG. 77, 208.

21) R.G.Kom. § 854 A. 3; Wolff § 11 III, 2; RG. 103, 101; L.Z. 1926, 1193.

Daß die Besitzübertragung nach § 854 Abs. 2 BGB. als Uebergabe im Sinne des § 929 S. 1 BGB. genügt, ist durchaus herrschende Meinung von Theorie und Praxis. Lediglich Schneider[22]) will dies nicht genügen lassen, da nach seiner Ansicht zur Uebergabe nur ein solcher Besitzwechsel genügt, der sich auch äußerlich an der Sache selbst kundgibt, also nur ein Besitzwechsel nach § 854 Abs. 1 BGB. Dem ist entgegenzuhalten, daß, wie Schneider auch selbst zugibt, die Erkennbarkeit des Besitzwechsels schon dann als genügend gewahrt zu gelten hat, wenn die Erkennbarkeit zwar nicht ohne weiteres, aber doch bei genügender Beachtung hervortritt[23]). Dann genügt aber auch der Besitzwechsel nach § 854 Abs. 2 BGB., denn der Besitzwechsel findet danach nur dann statt, wenn der Erwerber auch tatsächlich in der Lage ist, die Gewalt über die Sache auszuüben, und wenn der bisherige Besitzer seine Herrschaft über die Sache aufgibt[24]). Dies übersieht Schneider. Dieses Aufgeben sowie die Herrschaftsmöglichkeit des Erwerbers sind aber tatsächliche Momente, die einem genügend aufmerksamen Beobachter nicht entgehen können. Damit ist die Erkennbarkeit genügend gewahrt.

Die Ansicht Schneiders würde zur Folge haben, daß durch eine solche Besitzübertragung nach § 854 Abs. 2 BGB. zwar der Besitz übergehen kann, aber nicht das Eigentum trotz aller Einigung beider Teile über den Eigentumsübergang[25]), ein Ergebnis, das völlig ungerechtfertigt ist und sich vor allem auch in keiner Weise aus dem Gesetz begründen läßt. Die Ansicht Schneiders ist daher mit der herrschenden Meinung abzulehnen und eine Uebergabe nach § 854 Abs. 2 BGB. als ausreichend für die Uebergabe des § 929 S. 1 BGB. anzusehen.

Da die Uebergabe eine Willensbetätigung enthält, denn sie erfordert den Willen des Veräußerers, es dem Erwerber zu ermöglichen, die tatsächliche Gewalt über die Sache auszuüben, und den Willen des Erwerbers, über die Sache zu

---

22) a. a. O. S. 383.
23) RG. 77, 208.
24) RG. 108, 123.
25) Biermann § 929 Anm. 2a.

herrschen [26]), so kann man bezüglich der tatsächlichen Möglichkeiten der Uebergabe noch weiter gehen und als Uebergabe rechnen auch eine einseitige Besitzergreifung auf Grund einer vom bisherigen Besitzer erfolgten Einwilligung. Denn ob die Uebergabe nach § 854 BGB. erfolgt oder dadurch, daß der bisherige Besitzer dem Erwerber gestattet, sich in den Besitz der Sache zu setzen und dieser hierauf den Besitz ergreift, muß rechtlich als dasselbe erscheinen. Gestattet A. dem B., sich ein Buch aus dem Hause des A. zu holen, so ist die Uebergabe vollendet, wenn B. auf Grund dieser Einwilligung hingeht und sich das Buch holt. Er hat dann nicht nur Besitz, sondern Uebergabebesitz erlangt.

Diese Art der Uebergabe erscheint äußerlich ähnlich der des § 854 Abs. 2 BGB., da in beiden Fällen Erklärungen eine Hauptrolle spielen. Rechtlich liegt der Unterschied darin, daß im Fall des § 854 Abs. 2 BGB. der Erwerber von vornherein in der Lage ist, die Sachgewalt auszuüben, und der Besitz schon mit der Einigung übergeht, während in diesem Fall der Erwerber zunächst nicht die Gewalt über die Sache ausüben kann und der Zeitpunkt der Uebergabe nicht schon mit der Einwilligung des Besitzers gegeben ist, sondern erst dann, wenn der Erwerber mit Rücksicht auf die Einwilligung die tatsächliche Gewalt erlangt hat [27]).

Ebenso muß es aber genügen, wenn B. sich erst das Buch holt und A. erteilt hinterher seine Genehmigung. Besitz hat B. schon mit der Ergreifung erlangt, Uebergabebesitz aber erst mit der Genehmigung, mit deren Erteilung sich die Uebergabe vollendet. Diese nachfolgende Genehmigung ist daher nicht nur, wie Raape [28]) meint, eine Besitzbehaltungserlaubnis, sondern durch sie wird der bisherige Besitz zum Uebergabebesitz.

Als Ergebnis ist also festzustellen, daß sich die Uebergabe auf vier verschiedene Arten vollziehen kann: nach § 854 Abs. 1 BGB., nach § 854 Abs. 2 BGB., durch Besitzergreifung

---

26) Näheres siehe § 5.

27) Raape S. 160 A. 2 nennt diesen Fall eine Kombination von § 854 Abs. 1 und Abs. 2 BGB.

28) S. 160 A. 2.

auf Grund vorheriger Einwilligung und durch Besitzergreifung auf Grund nachstehender Genehmigung [29]).

§ 5.

d) Die Rechtsnatur der Uebergabe bei der Fahrnisübereignung.

Die Uebergabe ist die Besitzübertragung auf Grund des Willens des bisherigen Besitzers, dem Erwerber den Besitz zu übertragen, und auf Grund des Willens des Erwerbers, die tatsächliche Gewalt über die Sache zu übernehmen.

Da also zur Uebergabe eine bewußte Uebereinstimmung des Willens der beiden Parteien vorliegen muß, ist in früherer Zeit vereinzelt wohl behauptet [30]), die Uebergabe sei ein Vertrag, denn auf Grund der geeinten Willenserklärungen trete ein rechtlicher Erfolg, der Besitzwechsel, ein.

Mit der durchaus herrschenden Meinung ist dies indes abzulehnen.

Zweifellos spielt der Wille bei der Uebergabe eine Rolle, da sonst nur eine bloße Besitzerlangung und kein Uebergabebesitz vorläge. Bei der körperlichen Besitzübertragung nach § 854 Abs. 1 BGB. ist indes der Wille der Parteien nicht auf einen rechtlichen, sondern auf einen tatsächlichen Erfolg nämlich auf die Herstellung der tatsächlichen Herrschaft eines anderen über eine Sache, gerichtet. Abgesehen davon, daß bei einem Vertrag die Willenserklärungen auf einen rechtlichen Erfolg gerichtet sein müssen und die Uebergabe schon daher nicht als Vertrag bezeichnet werden kann, scheitert dies auch daran, daß die Uebergabe zwar zwei gleichgerichtete Willen erfordert, aber keine Willenserklärungen im Rechtssinn [31]). Die Grundlage des Besitzwechsels bildet nicht der

---

29) Zitelmann S. 7 ff.; Wolff § 11 Anm. 2; Staudinger § 929 III 1*a*; Planck § 929 III Abs. 2; RG.Kom. § 929 Anm. 4; auch wohl Ortlieb S. 28; ähnlich v. Tuhr I § 8 III 4*b*.

30) Stöver S. 167, der sich auf Cosack beruft. Indeß hat Cosack jetzt seine Ansicht geändert; siehe Cosack 2, 1 § 7 I, 1.

31) Wolff § 11 I.

Wille der Parteien, sondern die Herstellung der tatsächlichen Gewalt des Erwerbers, also ein tatsächlicher Vorgang. Der Wille der Parteien stempelt diesen Vorgang zu einem freiwilligen, ändert aber nichts daran, daß es ein äußerer, tatsächlicher Vorgang ist. Mit der herrschenden Meinung ist deshalb die Uebergabe nach § 854 Abs. 1 BGB. als Tathandlung oder Realakt zu bezeichnen, zu deren Vornahme in Ermangelung eines Rechtsgeschäftes auch kein rechtsgeschäftlicher, sondern lediglich ein natürlicher Wille, wie er auch Geschäftsunfähigen eigen sein kann, erforderlich ist.

Nicht anders ist es bei der Uebergabe nach § 854 Abs. 2 BGB. Hier tritt der Besitzwechsel bzw. die Uebergabe auf Grund der Einigung der Parteien ein, wenn der Erwerber in der Lage ist, die Gewalt über die Sache auszuüben. Die herrschende Meinung [32]) sieht allerdings in der Einigung des § 854 Abs. 2 BGB. keinen Realakt, sondern einen echten Vertrag, v. Tuhr [33]) nimmt eine vermittelnde Stellung ein und bezeichnet die Einigung als Rechtshandlung, die nach Analogie der Rechtsgeschäfte zu behandeln ist. Diese Ansichten sind indes aus folgenden Gründen abzulehnen.

Der Zweck des § 854 Abs. 2 BGB. ist es, den Parteien unnötige Umwege zu ersparen und den Besitzwechsel zu erleichtern. Ist der Erwerber schon von vornherein in der Lage, die Gewalt über die zu übergebende Sache auszuüben, erscheint es zwecklos, daß die Parteien noch formell das körperliche Geben und Nehmen vollziehen, zumal wenn die Sache vom Aufenthalt der Parteien entfernt ist. Die Einigung soll lediglich den äußeren tatsächlichen Vorgang, das Geben und Nehmen, ersetzen und den Publizitätsgedanken aufrecht erhalten, um nach außen hin die Tatsache des Besitzverlustes und -erwerbes zu dokumentieren. Daneben kommt in der Einigung auch der schon bei § 854 Abs. 1 BGB. nötige Wille der Parteien, der den Besitzwechsel zu einem freiwilligen macht, zum Ausdruck. § 854 Abs. 2 BGB. ist

---

32) Wolff § 11 II; Planck § 854 Anm. 3a; Staudinger § 854 Anm. II 2b; RG.Komm. § 854 Anm. 4; Warneyer § 854 Anm. 2; Bruck S. 21; Ortlieb S. 82; Lasi S. 74 u. a.

33) II, 1 § 48 II 1c.

nur, wie Planck[34]) zutreffend bemerkt, eine „erläuternde Anwendung des Abs. 1", das Gesetz sieht nicht von der Erlangung der tatsächlichen Gewalt durch den Erwerber ab, sondern bezeichnet „einen bestimmten Tatbestand als zu der Feststellung genügend, daß der Erwerber die tatsächliche Gewalt erlangt habe".

Wenn Cosack[35]) dagegen meint, es solle durch § 854 Abs. 2 BGB. nicht die tatsächliche Herrschaft, die sich der Erwerber erst in der Zukunft verschaffen soll, sondern die Rechtswirkungen des Besitzes übertragen werden, so ist das unzutreffend. Ist es schon undenkbar, daß die Rechtswirkungen des Besitzes übertragen werden sollen, wenn der Erwerber sich den Besitz erst in der Zukunft verschaffen soll, so ist die Ansicht auch um deswillen unhaltbar, weil die Einigung nicht bloß eine Besitzverschaffungserlaubnis für die Zukunft ist, sondern weil mit ihrem Vorliegen der Besitzwechsel vollzogen wird. Zweifellos gehen durch sie auch die Rechtswirkungen des Besitzes über, der Erwerber genießt nunmehr Besitzschutz u. a. m., aber das ist auch die Folge der Uebergabe nach § 854 Abs. 1 BGB., also eines Realaktes. Der Uebergang der Rechtswirkungen ist daher in beiden Fällen nur Nebenerscheinung des tatsächlichen Vorganges.

Die Einigung des § 854 Abs. 2 BGB. ist also nichts anderes als eine besondere Form der Uebergabe nach § 854 Abs. 1 BGB. Sie enthält wie die Uebergabe nach § 854 Abs. 1 BGB. den übereinstimmenden auf einen tatsächlichen Vorgang gerichteten Willen der Parteien und ersetzt unter der besonderen Voraussetzung, daß der Erwerber in der Lage ist, die Gewalt über die Sache auszuüben, den äußeren tatsächlichen Vorgang des Besitzwechsels. Die Einigung des § 854 Abs. 2 BGB. ist daher ebenfalls Tathandlung oder Realakt[36]).

Abgesehen von diesen rechtlichen Erwägungen würden auch erhebliche praktische Bedenken dagegen sprechen, die

34) § 854 Anm. 3 Abs. 2 u. 3.

35) Bd. 2, I § 7 I 2b.

36) Zitelmann S. 22 ff.; Rosenberg § 854 II 2e; Aravantinos S. 154; zum Teil auch Goldmann-Lilienthal Bd. 2 § 2, 4; und Biermann § 854 A. 7.

Uebergabe nach § 854 Abs. 2 rechtlich anders zu bestimmen als nach Abs. 1. Es wird oft lediglich vom Zufall abhängen, ob die Uebergabe nach Abs. 1 oder nach Abs. 2 vorgenommen wird. Es wäre dann, wäre die Einigung ein Vertrag, ebenfalls dem Zufall überlassen, ob die Parteien, um die Uebergabe gültig zu gestalten, vollgeschäftsfähig sein müßten oder ob ihr natürlicher Wille für ausreichend zu erachten wäre. Dieser Unterschied zwischen zwei Tatbeständen, die dasselbe Ergebnis hervorrufen sollen, und von denen der eine nur ein besonderer Anwendungsfall des anderen ist, erscheint aber völlig ungerechtfertigt, um so mehr, als die Parteien es in der Hand hätten, bei mangelnder Geschäftsfähigkeit die Uebergabe statt nach Abs. 2 nach Abs. 1 vorzunehmen. Ist ein rechtliches Erfordernis aber derart leicht zu umgehen, so ist es überflüssig, es überhaupt aufzustellen.

Für die Uebergabe durch Besitzergreifung auf Grund vorheriger Einwilligung und auf Grund nachfolgender Genehmigung ergibt sich nichts anderes. Dieselben Gründe, die bei § 854 Abs. 2 BGB. zur Anerkennung der Uebergabe dafür, sprechen auch bei diesen Arten der Uebergabe dafür, sie als Tathandlung zu bezeichnen.

II. Das zeitliche Verhältnis von Einigung und Uebergabe bei den §§ 929 S. 1, 932 S. 1 BGB.

§ 6.

a) Zeitliches Zusammenfallen.

Nach § 929 S. 1 BGB. ist zur Eigentumsübertragung beweglicher Sachen erforderlich, daß der Eigentümer die Sache dem Erwerber übergibt und beide darüber einig sind, daß das Eigentum übergehen soll. Es sind also Einigung — denn das Einigsein setzt eine Einigung voraus — und Uebergabe zur Eigentumsübertragung erforderlich.

Diese Einigung braucht, wie unbestritten ist, nicht ausdrücklich erklärt zu werden, sie kann auch stillschweigend durch konkludente Handlungen erfolgen. Dies wird sogar in der Regel der Fall sein, denn in den meisten Fällen gerade des täglichen Lebens wird die dingliche Einigung über die

Eigentumsübertragung überhaupt nicht besonders mit Worten erklärt werden, sondern sie wird dem ganzen Verhalten der Parteien zu entnehmen sein. Natürlich darf dabei die dingliche Einigung nicht mit dem obligatorischen Vertrag verwechselt werden, beide sind rechtlich scharf voneinander zu trennen, wenn sie auch tatsächlich oft ineinander übergehen. Geht A. z. B. in einen Laden und kauft sich eine Sache, so einigt er sich nicht erst mit dem Verkäufer mit Worten über den Eigentumsübergang der Sache, sondern die Einigung wird dadurch ausgedrückt, daß der Verkäufer die verkaufte Sache A. übergibt und dieser sie annimmt. In der Uebergabe liegt gleichzeitig die stillschweigende Willenserklärung des Verkäufers, das Eigentum an A. übertragen zu wollen, und die des A., das Eigentum annehmen zu wollen.

Mit dem Nehmen durch A. ist die Uebergabe vollendet, gleichzeitig vollendet sich auch die Einigung durch die in dem Nehmen liegende Willenserklärung des A., so daß Einigung und Uebergabe im selben Zeitpunkt zum Abschluß kommen. Da es für diese ganze Untersuchung über das zeitliche Verhältnis von Einigung und Uebergabe nur auf den Augenblick der Vollendung von Einigung bzw. der Uebergabe ankommen kann, so fallen Einigung und Uebergabe im vorstehenden Fall also zeitlich vollständig zusammen, so daß dieser häufigste Fall weiter keine Schwierigkeiten bietet.

Ob in diesen Fällen die Eigentumsübertragung direkt im Anschluß an den obligatorischen Vertrag (Handkauf) erfolgt oder später, ist dabei gleichgültig. Schickt A. an B. eine von diesem früher gekaufte Sache ab, so fängt damit die Uebergabe an, das Geben. Darin liegt auch hier wieder der Wille des A. enthalten, dem B. das Eigentum zu übertragen. Mit der Auslieferung der Sache durch die Post oder sonstigen Ueberbringer an B. ist die Uebergabe vollendet, das Nehmen ist erfolgt. Gleichzeitig vollendet sich die vorher noch nicht existente Einigung. Denn in der Annahme der Sache[37]) liegt wiederum die stillschweigende Erklärung des B., Eigentum an der Sache erwerben zu wollen.

---

37) Von einem etwaigen Prüfungsrecht der Beschaffenheit der Ware des B. sei abgesehen, da dann in der Annahme

Einigung und Uebergabe fallen also auch in diesem Fall zeitlich zusammen, da sie beide im selben Augenblick vollendet werden.

Ob die Beteiligten persönlich bei der Uebereignung anwesend sind oder sich dabei vertreten lassen, ist für die Möglichkeit eines zeitlichen Zusammenfallens von Einigung und Uebergabe ohne Einfluß, wie schon aus dem letzten Beispiel erhellt.

Daß bei einer Eigentumsübertragung stets beide Beteiligte anwesend sind oder in rechtlichem Sinne vertreten werden, ist nicht nötig, es genügt unter Umständen, daß nur einer von ihnen im Augenblick des Eigentumsüberganges tätig ist. Dies ist z. B. beim Automaten der Fall. In dem Aufstellen eines Automaten ist nämlich eine Erklärung des Aufstellers zu sehen, Eigentum an der im Automaten befindlichen Sache an den zu übertragen, der das nötige Geld in den Automaten wirft. Damit erschöpft sich die Tätigkeit des Eigentümers. In dem Hineinwerfen von Geld in den Automaten andererseits ist wiederum der Wille des Käufers, Eigentum an der im Automaten befindlichen Sache zu erwerben, enthalten. In dem Augenblick, wo das Geld hineingeworfen wird und die Ware herausfällt, stimmen infolge der Tätigkeit des Käufers die beiden Willenserklärungen als Einigung überein und erfolgt die Uebergabe, so daß Einigung und Uebergabe auch in einem solchen Fall zeitlich zusammenfallen können.

Ob bei der Fahrnisübereignung durch Einigung und Uebergabe der Veräußerer Eigentümer oder Nichteigentümer ist, hat auf die Möglichkeit des zeitlichen Zusammenfallens von Einigung und Uebergabe keinen Einfluß. Einigung und Uebergabe sind auch beim Erwerb vom Nichteigentümer nach § 932 S. 1 BGB. erforderlich, da § 392 S. 1 BGB. sich auf die Eigentumsübertragung nach § 929 S. 1 BGB. bezieht und diese grundleglich macht. Der bei § 932 S. 1 BGB. nötige gute Glaube spielt nur für die Frage, ob überhaupt Eigentum übergeht, eine Rolle, nicht aber für

---

nur eine Erklärung des B. gesehen werden kann, seiner Abnahmepflicht zu genügen und die Ware prüfen zu wollen, vgl. R.G. 108, S. 27/28.

die Frage des zeitlichen Verhältnisses von Einigung und Uebergabe.

Einigung und Uebergabe werden daher auch beim Erwerb vom Nichteigentümer nach § 932 S. 1 BGB. zeitlich zusammenfallen, wenn sich die Fälle wie bisher abspielen.

§ 7.

b) Kann die Uebergabe der Einigung vorangehen?

Den Fall, daß die Uebergabe der Einigung vorangeht, hat das Gesetz in § 929 Satz 2 BGB. (brevi manu traditio, Uebergabe kurzer Hand) besonders geregelt, wonach die Einigung zur Uebereignung genügt, wenn der Erwerber im Besitz der Sache ist. Da der Besitz auch durch Uebergabe erlangt sein kann, folgt die Einigung dann grundsätzlich der Uebergabe nach. Näher soll die Uebergabe kurzer Hand erst unten behandelt werden.

An dieser Stelle sei nur auf die früher vereinzelt aufgestellte Behauptung, auch nach § 929 S. 1 BGB. könne die Einigung der Uebergabe nachfolgen, eingegangen.

Als Beispiel wird dafür folgendes angeführt[38]): Ich übergebe heute dem B. als Pfand meinen Ring und einige mich nach 14 Tagen darüber mit ihm, daß das Eigentum daran auf ihn übergehen soll. Eine Uebergabe hier ist allerdings vor der Einigung erfolgt, aber nicht eine Uebergabe nach § 929 S. 1 BGB., sondern nach § 1205 BGB.[39]), da es sich zunächst um eine Pfandbestellung handelte; deshalb vollzieht sich hier ganz zweifellos der Eigentumsübergang nicht nach § 929 S. 1 BGB., sondern nach 929 S. 2 BGB., da es für § 929 S. 2 BGB. nur darauf ankommt, daß B. zur Zeit der Einigung im Besitz des Ringes war. Ob dieser durch Uebergabe oder auf andere Weise erlangt war, ist nach dem Gesetz gleich.

---

38) Bruck a. a. O. S. 18, wobei es allerdings nicht ganz klar ist, ob nicht letzten Endes doch eine Uebereignung nach § 929 S. 2 BGB. gemeint ist.

39) Stöber a. a. O. S. 174 ff.

Als weiteres Beispiel für obige Behauptung wird von Meißner[40]) der Fall der sog. Traditionsofferte angeführt. Schickt der Kaufmann A. dem B. unbestellte Ware ins Haus, so geht das Eigentum an den Waren, falls B. nicht schon bei der Annahme oder später ausdrücklich erklärt hat, er wolle sie zu Eigentum behalten, oft erst mit dem Gebrauch, Verbrauch oder der Veräußerung der Waren von A. auf B. über; denn dadurch erklärt B. stillschweigend sein Einverständnis mit dem Eigentumsübergang, das A. schon durch das Zusenden erklärt hat. Die Einigung kommt also im Augenblick des Gebrauchs usw. zustande, die Uebergabe hat aber vorher stattgefunden.

Doch auch in diesem Fall geht das Eigentum nach § 929 S. 2 BGB. über, denn maßgebend ist wieder nur, daß B. auf irgend eine Weise den Besitz erlangt hatte. Er erlangte zunächst nur Besitz und zwar Uebergabebesitz, das Eigentum aber erst, wenn durch sein Einverständnis die Einigung vollständig wurde. Es geht zweifellos das Eigentum nach § 929 S. 2 über.

Beide in der Literatur genannten Beispiele sind also unzutreffend. Es kann dafür, daß bei § 929 S. 1 die Einigung der Uebergabe nachfolgt, auch keins geben, da dieser Fall eben besonders in § 929 S. 2 geregelt ist. Sowie die Uebergabe erfolgt ist, bevor die Parteien sich geeinigt haben, kann der Eigentumswechsel sich nur nach § 929 S. 2 BGB. und nicht nach § 929 S. 1 BGB. vollziehen[41]).

Die Möglichkeit, daß bei § 929 S. 1 BGB. die Uebergabe der Einigung vorangeht, ist daher ausgeschlossen.

§ 8.

c) Kann die Einigung der Uebergabe vorangehen?

Es bleibt für die Eigentumsübertragung nach § 929 S. 1 BGB. noch die Prüfung der dritten und letzten Möglichkeit, ob die Einigung der Uebergabe zeitlich vorangehen kann.

---

40) Meißner a. a. O. § 129 Anm. 1 a. E.
41) Planck § 929, IV 3b.

Gegen die Zulässigkeit dieser Reihenfolge der beiden Tatbestandsmomente wird vor allem der Wortlaut des § 929 S. 1 BGB. angeführt; aus den Worten „übergibt und einig sind" ist gefolgert, dies „und einig sind" könne sich nur auf die Zeit der Uebergabe beziehen, es müsse zeitlich stets mit ihr zusammenfallen, eine zeitliche Trennung von Einigung und Uebergabe sei daher unmöglich.

Daß man daraus, daß die Uebergabe vor der Einigung im Gesetz genannt ist, keine Schlußfolgerungen für ihre zeitliche Reihenfolge ziehen kann, hat Zitelmann[42]) mit Recht betont: eins von beiden mußte eben zuerst aufgeführt werden.

Das Gesetz will jedoch auch offenbar mit dem Ausdruck „einig sind" gar nicht den Zeitpunkt der Entstehung der Einigung, sondern nur den Zustand bezeichnen, der aus der Einigung folgt[43]). „Einig sind" setzt voraus, daß zwischen den Parteien eine Einigung erfolgt ist, die aber nach dem Wortlaut des Gesetzes nicht erst im Zeitpunkt der Uebergabe vorgenommen zu sein braucht, sondern schon früher erfolgt sein kann. Nötig ist nach dem Gesetz nur, daß die Beteiligten im Augenblick der Vollendung der Uebergabe „einig sind", d. h. „noch einig sind". Die Parteien können, wie zu § 6 ausgeführt, natürlich auch noch in diesem Zeitpunkt erst einig werden, aber sie brauchen mit ihrer Willensentschließung nicht so lange zu warten. Man kann und darf nach dem Wortlaut des Gesetzes von den Parteien nicht verlangen, daß sie in allen Fällen ihren Entschluß, Eigentum zu übertragen bzw. zu erwerben, bis zur Uebergabe aufschieben. In den Fällen z. B., in denen die Uebergabe durch Besitzergreifung auf Grund vorheriger Einwilligung erfolgt, würde dies Verlangen völlig undurchführbar erscheinen. Es würde, wie Zitelmann[44]) sagt, „eine Vergewaltigung des Parteiwillens bedeuten, wollte man immer erst in dem Entschluß zum Besitzerwerb den entscheidenden Entschluß zum Eigentumserwerb sehen".

Hätte das Gesetz eine im Augenblick der Uebergabe vorgenommene Einigung der Parteien gewollt, so hätte es im

---

42) a. a. O. S. 11.
43) a. a. O. S. 11.
44) a. a. O. S. 13.

§ 929 BGB. zum mindesten heißen müssen: „und beide darüber einig werden." Das ist nicht geschehen, und der vom Gesetz gewählte Ausdruck „einig sind" kann nur den auf einer Einigung beruhenden Dauerzustand, daß die Einigung noch fortbesteht, bezeichnen[45]).

Praktisch sind die Fälle, in denen sich die Parteien ausdrücklich über den Eigentumsübergang einigen und die Uebergabe erst später vornehmen, auch durchaus nicht selten. A., der dem B. auf Grund eines obligatorischen Vertrages zur Eigentumsübertragung eines Buches verpflichtet ist, wird von diesem auf Erfüllung gedrängt. Bei einem Zusammentreffen erklärt A. schließlich, er wolle den Vertrag erfüllen und das Eigentum am Buch übertragen. B. ist damit einverstanden, so daß die dingliche Einigung damit zustande gekommen ist. Sie begeben sich zum Haus des A., wo dieser dem B. das Buch gibt, ohne daß eine weitere Erörterung über den Eigentumswechsel stattfindet. Es würde gekünstelt erscheinen, wenn man in solchen Fällen die der Uebergabe vorangehende Einigung für unwirksam erklären und eine neue, stillschweigende, in der Uebergabe liegende Einigung konstruieren oder gar das Vorhandensein des Einigseins bei der Uebergabe völlig leugnen wollte. Vielmehr ist aus der vorangegangenen Einigung ohne weiteres, da nichts entgegensteht, auf ein Einigsein bei der Uebergabe zu schließen.

Die Möglichkeit, daß die Einigung der Uebergabe zeitlich vorangehen kann, muß daher grundsätzlich anerkannt werden. Es handelt sich nun weiter darum, festzustellen, welche Bedeutung die vorangehende Einigung hat ind inwieweit eine vorangehende Einigung genügt, um mit der nachfolgenden Uebergabe den Eigentumsübergang zu bewirken.

Endemann[46]) hat im Gegensatz zu der herrschenden Meinung behauptet, aus der Einigung entständen selbstän-

---

45) Warneyer § 929 III; Staudinger § 929 II 1*a*, IV 1*b*; RG.Komm. § 929 A. 5; Cosack 2, 1 § 36 I 1*b*; Planck § 929 A. 3*b*; Biermann § 929, 2*b*; Hedemann S. 92; Staub § 366 A. 7 u. 12.

46) Sachenrecht § 21, 3; weitere Literatur zu dieser Frage siehe Staudinger § 873 *B* VII *d*.

dige Verpflichtungen; zwar wäre in der Regel eine Pflicht zur Leistung aus dem obligatorischen Geschäft herzuleiten, doch wenn diese nichtig sei, etwa wegen eines Formmangels, und die dingliche Einigung sei schon erfolgt, so beruhe die Verpflichtung zur Eigentumsübertragung eben auf dieser vorangegangenen dinglichen Einigung.

Diese Ansicht ist mit der herrschenden Meinung als unzutreffend abzulehnen. Auf Leistung (Eigentumsübertragung) geklagt werden kann stets nur aus dem zugrunde liegenden obligatorischen Vertrag, in dem sich die Parteien zur Eigentumsübertragung verpflichtet haben, nicht aus dem schon bewirkten Teil der Leistung, wie es die Einigung ist. Wollte man aus der Einigung, die man ohne die Uebergabe als Beginn der Erfüllung eines obligatorischen Schuldverhältnisses bezeichnen kann, einen klagbaren Anspruch auf Vollendung der Eigentumsübertragung ableiten, so wäre damit die Uebergabe überflüssig, das Prinzip des § 929 S. 1 BGB., daß Einigung und Uebergabe zusammen den Eigentumsübergang bewirken, umgangen, denn dann würde letzten Endes die dingliche Einigung allein die Uebereignung bewirken. Sowie die Parteien sich geeinigt haben, könnte die Uebergabe selbst wider den Willen der anderen Partei, auf Grund einer Klage aus der dinglichen Einigung verlangt werden. Der Eigentumswechsel selbst würde zwar auch erst mit der vollzogenen Uebergabe eintreten, aber die eigentliche Ursache dafür wäre doch nur die früher erfolgte Einigung.

Eine weitere Folge einer klagbaren Einigung wäre z. B., daß indirekt etwa auch der Wette eine Klagbarkeit zugesprochen würde, die der Wette nicht zukommt (§ 762 BGB.). A. hat z. B. bei einer Wette die Uhr des B. gewonnen, A. und B. einigen sich auch über den Eigentumsübergang, übergeben wird noch nicht. Dann könnte A., wenn B. sich später darauf beruft, daß durch eine Wette eine klagbare Verbindlichkeit nicht begründet wird, und die Uhr nicht herausgeben will, aus der dinglichen Einigung, die wegen ihrer abstrakten Natur von der Ungültigkeit des Kausalgeschäftes unberührt bliebe, als selbständigem Klaggrund klagen. Damit ist indirekt die Wette eingeklagt.

Die Ansicht, daß aus der dinglichen Einigung eine selbständige Verpflichtung entstände und aus ihr allein

geklagt werden könne, ist daher unhaltbar; die Einigung ist nicht darauf gerichtet, irgendwelche Verpflichtungen zu begründen, sondern sie gehört zum Erfüllungsgeschäft.

Anstelle der Klagbarkeit könnte aber eine Bindung, wie sie für das Liegenschaftsrecht § 873 Abs. 2 BGB. vorschreibt, für die Einigung in Betracht kommen, wenn die Rechtsgründe, die dort zu der Vorschrift geführt haben, auch hier zutreffen. Die Möglichkeiten einer Bindung sind bei § 873 Abs. 2 BGB. nur gegeben, wenn die Erklärungen gerichtlich oder notariell beurkundet sind oder vor dem Grundbuchamt abgegeben sind bzw. bei diesem eingerichtet sind, oder wenn eine Eintragungsbewilligung übergeben ist, weil in diesen Fällen die Verkehrssicherheit eine Gebundenheit der Parteien erfordert, denn der Ausdruck „Bindung" soll auch hier nicht eine Klagbarkeit bezeichnen, sondern dieser Ausdruck soll nur die Bedeutung von Unwiderruflichkeit haben, die im Liegenschaftsrecht deswegen nötig war, weil dort, wenn die Einigung erfolgt ist, es nicht lediglich vom Parteibelieben abhängt, wann die Eigentumsübertragung vollzogen wird, es muß noch der staatliche Akt der Eintragung hinzukommen; um den Zeitraum zwischen Einigung und Eintragung, der oft einige Zeit erfordert, nicht zum beliebigen Widerruf einer Partei gebrauchen zu lassen und dadurch die Rechtssicherheit zu gefährden, war es zweckmäßig, den Parteien die Möglichkeit einer Bindung zu geben. Außerdem bieten die besonderen Formen des § 873 Abs. 2 BGB. auch eine gewisse Gewähr für den ernsten Willen der Parteien, so daß eine Bindung an den einmal unter besonderen Formen erklärten Willen am Platze ist.

Grundsätzlich ist im Liegenschaftsrecht die Einigung formlos; nur wird der Widerruf unter gewissen Voraussetzungen nach § 873 Abs. 2 BGB. unmöglich gemacht[47]).

Im Fahrnisrecht dagegen ist dies nicht nötig. Hier hängt außer der Einigung auch der Zeitpunkt der Uebergabe lediglich von dem Willen der Parteien ab. Bis zu diesem Augenblick eine solche Bindung vorzuschreiben, lag kein Grund vor. Wäre dies die Absicht des Gesetzgebers gewesen, so wäre es leicht gewesen, eine Bestimmung, ähnlich der des

47) Staudinger § 873 Anm. *B* III.

§ 873 Abs. 2 BGB. dem § 929 BGB. anzufügen. Da dies nicht geschehen ist, muß man schließen, daß das Gesetz eine Bindung an die Einigung nicht gewollt hat. Schon die Motive[48]) sagen daher ausdrücklich: „Vor der Uebergabe liegt deshalb ein bindender dinglicher Vertrag nicht vor."

Dies führt dazu, daß manche die der Uebergabe vorangehende Einigung für rechtlich bedeutungslos halten, so Eccius[49] und Stöver[50]), weil sie keinerlei Wirkung hervorrufe.

Dies dürfte jedoch nicht ganz zutreffend sein, denn eine gewisse Wirkung, wenn auch kein rechtlicher Erfolg, ist auch der Einigung eigen. Sie bilden den Anfang, die „Vorstufe"[51]), des Uebereignungsvertrages und zeigt als solche auch nur den Anfang von Wirkungen bzw. ein Bereitsein für Wirkungen. Tritt die Uebergabe hinzu, so vereinigen sich die Wirkungen dieser mit denen[52]) der Einigung zu der Endwirkung, dem Eigentumsübergang.

Da die Einigung also gewisse Vorwirkungen besitzt, so muß sie auch selbständig vor der Uebergabe bestehen können. Diese Vorwirkungen werden sich erweitern, wenn sie zur Zeit der Uebergabe noch bestehen und mit deren Wirkungen zusammentreffen, beide Wirkungen zusammen ergeben die Wirkung des Eigentumswechsels. Hat die Einigung aber zur Zeit der Uebergabe keinen Bestand mehr, so fällt auch ihre Vorwirkung fort; wird nach Fortfall der Einigung die Uebergabe vorgenommen, so tritt die ursprünglich beabsichtigte Wirkung, der Eigentumsübergang, nicht ein, da die beiden Tatbestandsmomente des dinglichen Uebereignungsvertrages eben nicht mehr vorhanden sind und damit der dingliche

48) Bd. 3 S. 336.

49) a. a. O. S. 52.

50) S. 177.

51) v. Thur, Lehrb. II, 1 § 53 II 1: „Diese Vorwirkung besteht bei der Eigentumsübertragung an Mobilien darin, daß es nur noch der Uebergabe der Sache bedarf, um den sachenrechtlichen Effekt herbeizuführen."

52) Allerdings sind die Vorwirkungen der Einigung, wie auch v. Tuhr, Lehrb. II 1 § 53 Anm. 115 hervorhebt, nur von geringer praktischer Bedeutung, doch hindert das nicht, ihre Existenz anzuerkennen.

Vertrag als solcher überhaupt nicht zur Entstehung gelangen kann.

Ein solcher Fortfall der Einigung ist aber ohne weiteres möglich, denn da sie für sich allein weder Vertrag ist noch sonstige Gründe für eine Gebundenheit an sie sprechen, kann sie jederzeit von einer der Parteien widerrufen werden. Ob der Widerrufende an sich obligatorisch verpflichtet ist, die Einigung vorzunehmen, so daß der Widerruf der obligatorischen Verpflichtung zuwiderläuft, ist wegen des Unterschiedes zwischen dinglichem und obligatorischem Geschäft natürlich gleichgültig.

Zu unterscheiden ist dabei zwischen geheimem Vorbehalt und Widerruf.

Denn will die eine Partei schon zur Zeit der Abgabe der Einigungserklärung insgeheim tatsächlich sich nicht einigen, so ist ein solcher geheimer Vorbehalt nach § 116 S. 1 BGB. nichtig, und die Einigungserklärung bleibt wirksam [53]). Denn die Rechtssicherheit fordert, daß man seinen Willen klar und unzweideutig zum Ausdruck bringt, sonst kann der Wille im Rechtsleben keine Beachtung finden. Will daher andererseits eine Partei nach anfänglicher Einigung vor der Uebergabe wieder von der Einigung abgehen, so ist es wiederum ein Gebot der Rechtssicherheit und die Rücksicht auf Treu und Glauben, daß der Widerrufende das Aufhören der Einigung in einer Weise dem Gegner erklärt, daß an diesem der Widerruf untrüglich erkannt werden kann [54]). „Es genügt nicht, daß der Beteiligte nicht mehr gewollt hat, er muß sein Nichtmehrwollen dem Gegenbeteiligten zu erkennen gegeben haben [55])." Haben A. und B. sich über den Eigentumsübergang eines Buches geeinigt, und sagt A. vor der während der später erfolgenden Uebergabe des Buches nichts, aus dem auf eine Aenderung seines Willens, die er tatsächlich im Innern vorgenommen hat, zu schließen ist, so kann er sich nicht darauf berufen, daß sie bei der Uebergabe nicht mehr einig gewesen seien. Vielmehr geht das Eigentum an dem Buch auf B. über, denn das zur Zeit der Uebergabe not-

53) Staub § 366 A. 7 a. E.
54) Cosack 2, 1 § 36 I 1b.
55) RG. Komm. § 929 Anm. 5.

wendige Einigsein mußte mangels einer gegenteiligen Erklärung des A. aus der früheren Einigung geschlossen werden: da A. und B. sich früher geeinigt hatten und kein Widerruf erfolgt ist, muß die Fortdauer der Einigkeit angenommen werden.

Erklärt allerdings A. kurz vor der Uebergabe des Buches dem B., er habe es sich überlegt, er wolle das Buch dem B. nur leihen, so sind A. und B., auch wenn B. erwidert, er lasse sich auf nichts ein, sie seien sich einmal über den Eigentumsübergang einig geworden, er wolle das Buch zu Eigentum haben, infolge der Widerruflichkeit der Einigung bei der Uebergabe nicht mehr einig, so daß das Eigentum nicht übergeht[56]).

Diese Ansicht schließt an die des Reichsgerichts an, das folgendermaßen sagt[57]): „In jedem Falle ist für eine Uebereignung nach § 929 erforderlich, daß der Eigentümer die stattfindende Uebergabe will und hierbei mit dem Erwerber darüber einig ist, daß das Eigentum übergehen soll. Es ist denkbar, daß der hiernach zur Zeit der Uebergabe notwendige, auf Uebertragung des Besitzes und Eigentums gerichtete Wille des Eigentümers aus einer früheren Erklärung gefolgert wird, die von diesem selbst oder auch von seinem Erblasser abgegeben war, und tatsächlich kommen im Verkehr des täglichen Lebens zahllose Uebereignungen beweglicher Sachen vor, bei denen solche früheren Erklärungen den noch zur Zeit der Uebergabe fortbestehenden Willen des Eigentümers, Besitz auf Eigentum zu übertragen, zureichend anzeigen. Ist jedoch im Einzelfall erkennbar und festzustellen, daß der Eigentümer in dem Augenblicke, wo die Uebergabe erfolgt, den Besitz- und Eigentumsübergang nicht will, so kann eine früher abgegebene, auf künftigen Wechsel des Besitzes und Eigentums abzielende Erklärung den bei der Uebergabe fehlenden, indes gemäß § 929 erforderlichen Willen nicht ersetzen."

Eine Folge dieses Dauerzustandes der Einigung ist es, daß sich unter Umständen die Beweislast für die Frage des Eigentumsüberganges umdreht bzw. erleichtert. Denn an

---

56) Eccius S. 53.

57) RG. 83, S. 229 ff.; ähnlich auch RG. 109, 202.

sich muß der, der den Eigentumsübergang behauptet, auch beweisen, daß die Parteien die Sache übergeben haben und zu dieser Zeit über den Eigentumsübergang einig waren. Kann er aber beweisen, daß schon vor der Uebergabe eine Einigung stattgefunden hat, so genügt das für den Beweis. Denn nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen ist es ausreichend, das Entstehen eines Zustandes zu beweisen, die Fortdauer wird dann vermutet. Wer dann behauptet, die Parteien seien trotz voraufgegangener Einigung zur Zeit der Uebergabe nicht mehr einig gewesen, hat den Umstand zu beweisen, der den Dauerzustand zerstört hat[58]). Insofern ist also die voraufgehende Einigung sehr wichtig.

Kann nun statt durch Widerruf die voraufgegangene Einigung auch durch Tod oder Eintritt der Geschäftsunfähigkeit bzw. der beschränkten Geschäftsfähigkeit einer der Parteien in Fortfall kommen?

Es ist allgemein anerkannt, daß zum dinglichen Uebereignungsvertrag ebenso wie zu allen andern Verträgen Geschäftsfähigkeit der Parteien gehört, nur beim Erwerber wird man sich mit der beschränkten Geschäftsfähigkeit begnügen dürfen, da er durch die Eigentumsübertragung lediglich einen rechtlichen Vorteil erhält (§ 107 BGB.)[59]). Ist daher im folgenden von Geschäftsfähigkeit die Rede, so ist dabei immer zu berücksichtigen, daß auf Seiten des Erwerbers auch beschränkte Geschäftsfähigkeit genügt.

Damit, daß für den dinglichen Uebereignungsvertrag als solchen Geschäftsfähigkeit zu fordern ist, steht aber noch nicht fest, ob dieselbe Forderung auch für die beiden Tatbestandsmomente, die Einigung und die Uebergabe, einzeln zu stellen ist.

Für die Einigung als den aus zwei Willenserklärungen bestehenden konsensualen Teil des Uebereignungsvertrages ist die Geschäftsfähigkeit nach den Grundsätzen des Allgemeinen Teils des BGB. zweifellos nötig. Die Uebergabe,

---

58) RG.Komm. § 929 A. 5; Biermann § 929 A. 2*b*.

59) Staudinger § 107 *A*. 3 Abs. 2; Enneccerus I § 142 II 1*a*; Oertmann § 107 *A* 3*e o*; Planck § 107 *A* 3*d*; a. A. Warneyer § 107 I Abs. 2; bei Staudinger und Warneyer weitere Literatur.

nach den allgemeinen Grundsätzen allein betrachtet, würde dagegen an sich keine Geschäftsfähigkeit erfordern. Denn sie ist, wie zu § 5 ausgeführt, stets ein Realakt, der als solcher keine Geschäftsfähigkeit, sondern nur natürliche Willensfähigkeit voraussetzt.

Tatsächlich aber muß beim Uebereignungsvertrag die Uebergabe in Geschäftsfähigkeit der Parteien vorgenommen werden [60]). Denn da die Einigung bis zur Uebergabe fortdauern muß, die Parteien zur Zeit der Uebergabe noch einig sein müssen und zur Einigung und dem sich daraus ergebenden Zustand des Einigseins Geschäftsfähigkeit gehört, muß notwendig auch noch zur Zeit der Uebergabe Geschäftsfähigkeit vorhanden sein. Das Erfordernis der Geschäftsfähigkeit für die Uebergabe bei der Uebereignung wird also nicht aus der Uebergabe direkt, sondern aus der bis zur Uebergabe dauernden Einigung hergeleitet.

Da sich nun der Dauerzustand der Einigung auf mehr oder minder lange Zeit erstreckt, kann es fraglich erscheinen, ob die Parteien während dieser ganzen Zeit den Uebereignungswillen bzw. Geschäftsfähigkeit haben müssen, oder ob, wenn vorübergehend Geschäftsunfähigkeit eingetreten ist, die Eigentumsübertragung doch auf Grund der vor Eintritt der Geschäftsunfähigkeit liegenden Einigung erfolgt. Nachdem z. B. A. und B. sich über den Eigentumsübergang eines Buches geeinigt haben, wird A. geschäftsunfähig. Er wird entmündigt und erhält einen Vormund, der dem B. das Buch nicht geben will. Später wird die Entmündigung infolge Wiedereintritts der Geschäftsfähigkeit des A. wieder aufgehoben, und A. schickt dann stillschweigend dem B. das Buch zu. Genügt zum Eigentumsübergang die vor der Entmündigung liegende Einigung? Das muß verneint werden. Denn die Einigung war durch den Widerruf des Vormundes, der als gesetzlicher Vertreter dazu berechtigt war, beseitigt, sie kann nicht einfach von selbst wieder aufleben; es muß eine neue Einigung stattfinden. Diese neue Einigung wird man eventuell darin erblicken können, daß A. dem

60) Wolff § 66, 4; Cosack 2, 1 § 36 I 1b; auch wohl Biermann § 929 A. 2b α; zweifelnd Zitelmann S. 12; a. A. v. Thur I § 8 A. 18; Fischer S. 42.

B. das Buch zuschickt und B. in Erkenntnis des erneuten Uebereignungswillens des A. und mit eigenem Erwerbswillen das Buch annimmt. In diesem Fall würden aber Einigung und Uebergabe zeitlich zusammenfallen.

Erfolgt in obigem Beispiel kein Widerruf des Vormundes, da er von der Sache nichts weiß, und bleibt die Angelegenheit ohne weiteres so lange ruhen, bis A. das Buch schickt, so liegt die Sache gerade so. Die ursprüngliche Einigung ist beseitigt, da der Vormund, auf den es während der Geschäftsunfähigkeit allein ankommt, während dieser Zeit den Uebereignungswillen nicht hatte und infolgedessen auch kein Zustand der Einigung mehr bestehen konnte. Allerdings kommt es weiter darauf an, daß der Fortfall der Einigung irgendwelche Umstände so erkennbar hervorgetreten ist, daß er im Rechtsleben Beachtung finden muß. Läßt sich daher dieses auf Unkenntnis beruhende Nichtwollen des Vormundes genügend feststellen, so bestand für die Zeit der Entmündigung keine Einigung mehr. Sie muß, da sie nicht wieder aufleben kann, erneut erfolgen.

Andererseits ist es aber auch durchaus möglich, daß der Vormund mit der Uebereignung einverstanden ist, so daß in diesem Fall die ursprüngliche Einigung nicht fortfällt, sondern durch ihn fortgesetzt wird. Erfolgt dann später die Uebergabe, sei es durch den Vormund, sei es durch A. nach Wiederherstellung der Geschäftsfähigkeit, so kann ohne weiteres das zur Zeit der Uebergabe nötige Einigsein aus der früheren Einigung geschlossen werden.

Man könnte gegen obige Beispiele vielleicht den Einwand erheben, es sei bei ihnen § 130 Abs. 2 BGB. bzw. § 153 BGB. unberücksichtigt geblieben. Dieser Einwand wäre jedoch nicht stichhaltig.

An sich muß natürlich auch § 153 BGB. auf den dinglichen Uebereignungsvertrag Anwendung finden, da dieser den allgemeinen Vorschriften über Verträge (§§ 145 ff. BGB.) mit untersteht. Praktisch wird es aber in den Fällen, in denen die Einigung der Uebergabe zeitlich vorangeht, außerordentlich schwierig sein festzustellen, wann die Offerte zum Uebereignungsvertrag abgeschlossen ist und wann die Annahme. Doch kann das hier dahingestellt bleiben, denn

selbst wenn es gelänge[61]), Offerte und Annahme in zeitlicher Reihenfolge abzugrenzen, würden doch gegen die Anwendung von § 153 BGB. dieselben Gründe sprechen, die, wie nachstehend erläutert, gegen § 130 Abs. 2 BGB. bei Anwendung auf die dingliche Einigung sprechen.

Wenn § 130 Abs. 2 BGB. bestimmt, daß es auf die Wirksamkeit einer Willenserklärung ohne Einfluß ist, wenn der Erklärende nach der Abgabe stirbt oder geschäftsunfähig wird, so ist diese allgemeine Vorschrift, wie das Reichsgericht[62]) mit Recht ausführt, so zu verstehen, daß sie grundsätzlich überall anzuwenden ist, es sei denn, daß durch besondere Rechtsvorschrift die Wirksamkeit noch von anderen Umständen abhängig gemacht wird. Eine solche besondere Vorschrift ist aber § 929 BGB. Danach muß die Einigung noch zur Zeit der Uebergabe bestehen, die Parteien müssen noch einig sein. Das können sie aber nur, wenn sie noch bei der Uebergabe einen rechtsgeschäftlichen Willen haben, es nützt nichts, wenn sie ihn früher gehabt haben. Die Vorschrift, daß das Einigsein der Parteien bis zur Uebergabe fortdauern muß, ist daher eine Spezialvorschrift, die insoweit § 130 Abs. 2 BGB. für die in der zeitlich vorangegangenen Einigung liegenden Willenserklärungen ausschließt.

Ebenso wie in den obigen Beispielen liegt es daher auch, wenn A. nicht geschäftsunfähig wird, sondern stirbt, bevor die Uebergabe des Buches erfolgt ist. Ob die Einigung mit dem Tode des A. endet, wird davon abhängen, ob die Erben den Sachverhalt kennen und den Uebereignungswillen haben. Denn da die Erben ohne weiteres in die Rechtsstellung des Erblassers eintreten, können sie auch den Dauerzustand der Einigung fortsetzen. Uebergeben daher die Erben in Kenntnis des Sachverhalts dem B. stillschweigend das Buch, so muß die zur Zeit der Uebergabe nötige Einigkeit aus der Einigung zwischen A. und B. gefolgert werden.

---

61) Nötig ist das keineswegs, denn es ist evtl. möglich, daß der besondere Charakter des dinglichen Uebereignungsvertrages eine Abweichung von den allgemeinen Vorschriften nötig macht.

62) Bd. 83 S. 228.

Aus dem Verhalten der Erben muß geschlossen werden, daß sie den Zustand der Einigung fortsetzen wollten und auch ihrerseits den Uebereignungswillen hatten. Wollten sie die Uebereignung nicht, hätten sie nach Treu und Glauben die Pflicht gehabt, ihren entgegenstehenden Willen bei der Uebergabe zu erklären.

Wußten die Erben dagegen nichts von der Einigung zwischen A. und B., so konnten sie auch die Einigung nicht fortsetzen und mit B. zur Zeit der Uebergabe nicht einig sein. Dann ist die Einigung ohne weiteres durch den Tod beseitigt, so daß, wenn die Erben dem B. das Buch aus irgendeinem Grunde überlassen, das Eigentum nicht übergeht.

Aehnlich war der Fall im erwähnten Reichsgerichtsurteil gelagert[63]). Dort hatte der Pfarrer K.[1] den Pfarrkuraten D. Wertpapiere gegeben mit dem Auftrag, sie dem Weihbischof K.[2] als Geschenk für den B.-Verein zu bringen. Dieser wußte davon nichts, so daß eine Einigung nicht erfolgt war, sondern nur eine einseitige, nicht zugegangene Einigungserklärung des Eigentümers[64]). Nach dem Tode des K.[1] übergab D. die Papiere dem Weihbischof. Für die Entscheidung kam es nun darauf an, ob D. auch jetzt noch nach dem Tode den Willen des K.[1], Eigentum zu übertragen, überbringen konnte. Das Reichsgericht hat dies mit Recht verneint. Denn D. war hier Bote und zwar zunächst Bote des K.[1] bis zu seinem Tode. Im Augenblick der Uebergabe dagegen war die Klägerin als Erbin des K.[1] Eigentümerin der Wertpapiere, und D. mußte daher vom Tode des K.[1] ab den Uebereignungswillen der Erbin überbringen. Da sie aber von der ganzen Sache nichts wußte, konnte sie einen Uebereignungswillen nicht haben und daher D. einen solchen auch nicht überbringen. Eine Einigung ist daher nicht zustande gekommen.

Ob die Parteien bei der Einigung und Uebergabe selbst handeln oder durch Stellvertreter den Uebereignungsvertrag schließen, ist gleichgültig.

63) Bd. 83 S. 223 ff.

64) Wenn daher auch eine zeitliche Verschiedenheit von Einigung und Uebergabe überhaupt nicht vorliegt, so sei der Fall doch wegen seiner rechtlichen Aehnlichkeit mit dem Vorstehenden erwähnt.

Ebenso ist es für die Möglichkeit der der Einigung nachfolgenden Uebergabe ohne Einfluß, ob der Erwerb vom Eigentümer oder vom Nichteigentümer erfolgt, und zwar aus denselben Gründen, wie zu § 6 erörtert.

Als Ergebnis für die Frage, ob die Einigung der Uebergabe zeitlich vorangehen kann, ist nunmehr folgendes zu sagen: Die Einigung kann der Uebergabe zeitlich vorangehen, doch bindet eine solche Einigung die Parteien nicht, sie kann bis zur Uebergabe widerrufen werden. Erfolgt aber die Uebergabe, ohne daß die Einigung widerrufen ist oder sonst erkennbar hervorgetreten ist, daß der Uebereignungswille auf der einen oder anderen Seite nicht mehr vorhanden ist, so ist das Einigsein des § 929 S. 1 BGB. aus der vorausgegangenen Einigung zu entnehmen. Während der ganzen Dauer der Einigung ist Geschäftsfähigkeit der Parteien bzw. beschränkte Geschäftsfähigkeit des Erwerbers erforderlich, der Tod einer Partei beseitigt die Einigung. In beiden Fällen (Eintritt der Geschäftsunfähigkeit und des Todes einer Partei) ist es aber möglich, daß durch den gesetzlichen Vertreter bzw. Erben der Zustand der Einigung ohne weiteres fortgesetzt wird, wenn sie den Sachverhalt kennen. Die Einigung muß stets bis zur Uebergabe fortdauern, die Parteien müssen zur Zeit der Uebergabe noch einig sein, damit der Eigentumswechsel eintritt.

§ 9.

d) Das zeitliche Verhältnis bei Hinzufügung einer Bedingung.

Im bürgerlichen Recht bildet die Zulässigkeit von Bedingungen die Regel, Ausnahmen werden daher besonders erwähnt (z. B. § 925 Abs. 2 BGB.). Da eine solche Erwähnung bei der Uebereignung beweglicher Sachen nicht geschehen ist, ist die Hinzufügung von Bedingungen zum Uebereignungsvertrag unbestritten für zulässig anzusehen.

Der gewöhnlichste Fall der Eigentumsübertragung unter einer aufschiebenden Bedingung ist der des Eigentumsvorbehaltes bis zur völligen Zahlung des Kaufpreises. A. verkauft dem B. ein Buch; das Buch wird übergeben, wobei A. und B. sich über den Eigentumsübergang einigen, so daß alle Erfordernisse des dinglichen Vertrages vorliegen und die

Wirkungen eintreten müßten. Dies wird jedoch dadurch gehindert, daß A. sich bei der Einigung das Eigentum an dem Buch bis zur völligen Zahlung des Kaufpreises vorbehält. Bei einem solchen Vorbehalt ist im Zweifel nach § 455 BGB. anzunehmen, daß die Uebertragung des Eigentums unter der aufschiebenden Bedingung vollständiger Zahlung des Kaufpreises erfolgt ist.

Muß nun im Augenblick des Eintritts der Bedingung noch die Einigung bestehen oder genügt es, wenn sie wie in den Fällen ohne Bedingung nur bis zur Uebergabe dauert?

Das Reichsgericht[65]) äußert sich zum Fall der aufschiebenden Bedingung folgendermaßen: „Der Wille des Verkäufers, Eigentum zu übertragen, muß in dem Moment vorhanden sein, in welchem die Bedingung eintritt. Vorher findet nach dem Vertrag die Eigentumsübertragung nicht statt. Der dingliche Vertrag wird erst dann geschlossen, wenn die Bedingung eintritt."

Ebenso sagt das Reichsgericht[66]) in einer späteren Entscheidung: „Der Wille des Verkäufers, das Eigentum zu übertragen, muß noch in dem Augenblick vorhanden sein, wenn der letzte Kaufgelderrest bezahlt wird und damit die Bedingung eintritt."

Diese Ansicht des Reichsgerichts[67]) kann nicht als zutreffend erachtet werden.

Es ist schon festgestellt, daß der dingliche Vertrag mit Einigung und Uebergabe geschlossen ist. Mit Vorliegen dieser beiden Tatbestandsmomente tritt eine Gebundenheit der Parteien an dem geschlossenen Vertrag ein, wie es bei jedem gültig geschlossenen Vertrag der Fall ist. Nur die rechtlichen Wirkungen des Vertrages sind durch Parteiwillen hinausgeschoben und von einem zukünftigen ungewissen Ereignis abhängig gemacht, ohne daß am Bestehen des Vertrages etwas geändert wird. Das ist beim dinglichen Vertrag nicht anders als beim obligatorischen Vertrag. Es ist sicher nicht richtig, den Eintritt einer Bedingung mit zum Vertrage

---

65) Bd. 64 S. 206 ff.

66) Bd. 95 S. 107.

67) Wie das Reichsgericht auch RG.Komm. § 929 Anm. 1; Warneyer § 455 I.

rechnen zu wollen und daher den Vertragsschluß erst mit der Bedingung eintreten zu lassen.

Die Wirkungen des Uebereignungsvertrages treten ipso iure ein, soweit die Bedingung erfüllt ist. Ein Mitwirken der Parteien dabei ist vollkommen unnötig. Sie können gestorben oder geschäftsunfähig geworden sein, wenn die Bedingung eintritt, das ändert an dem einmal geschlossenen Uebereignungsvertrag nichts; dieser kann nur durch neuen Vertrag aufgehoben werden, aber nicht durch ein bei einer Vertragspartei oder auch unabhängig von den Parteien eingetretenes Ereignis. Eine Fortdauer des Einigungswillens nach Abschluß des Vertrages bis zur Bedingung kann daher nicht gefordert werden [68]).

Von den oben angeführten Entscheidungen weicht das Reichsgericht selbst ab und führt in einer anderen Entscheidung [69]) im Einklang mit der hier vertretenen Ansicht folgendes aus: „Darum bedarf es im Falle des Eintritts der Bedingung keiner weiteren Willenseinigung. Mit Eintritt der aufschiebenden Bedingung durch vollständige Bezahlung des Kaufpreises wird der Käufer von Rechts wegen Eigentümer." Ob diese Abweichungen mit unglücklicher Formulierung, wie Brecht [70]) meint, oder auf andere Art zu erklären sind, kann hier dahingestellt bleiben.

Für den dinglichen Uebereignungsvertrag ergeben sich jedenfalls in bezug auf Einigung und Uebergabe durch Hinzufügung einer aufschiebenden Bedingung keine Besonderheiten; daher kann auch das zeitliche Verhältnis von Einigung und Uebergabe nicht anders als bei der unbedingten Uebereignung sein.

Ebenso liegt es bei der auflösend bedingten Uebereignung. Ist der Uebereignung eine auflösende Bedingung hinzugefügt, tritt der Eigentumswechsel sofort ein, so daß keine Besonderheit vorliegt. Bei Eintritt der auflösenden Bedingung fällt das Eigentum dann ipso iure zurück (§ 158

---

68). Enneccerus § 185 II 1 und § 341 Anm. 2; Wolff § 66 Anm. 9; v. Tuhr II, 2 § 82 III.; Brecht S. 298; Henle § 38 Anm. 5; ähnlich Minden S. 17.

69) Bd. 66 S. 349.

70) S. 298 Anm. 1.

Abs. 2 BGB.), denn die auflösende Bedingung hat dingliche Kraft. Eine Einigung und Uebergabe kommt somit für die Rückübereignung überhaupt nicht in Frage.

III. Das zeitliche Verhältnis von Einigung und Uebergabe nach den §§ 930, 933 BGB.

§ 10.

a) Das Besitzkonstitut.

Einigung und Uebergabe sind nicht die einzigen Mittel, um Eigentum zu übertragen, vielmehr kann nach dem BGB. die Uebergabe in zwei Fällen durch andere Tatbestandsmomente ersetzt werden.

Der erste Fall ist der des Besitzkonstituts nach § 930 BGB., wonach zum Eigentumserwerb, wenn der bisherige Eigentümer im Besitz der Sache ist, außer der Einigung die Vereinbarung eines Rechtsverhältnisses gehört, vermöge dessen der Erwerber den mittelbaren Besitz erlangt. Durch diese Vereinbarung wird also lediglich die Uebergabe ersetzt, die dingliche Einigung ist außerdem erforderlich und darf nicht vergessen werden.

Der Publizitätsgedanke, daß Erwerb und Wechsel des Eigentums sich für die Umwelt erkennbar vollziehen sollen, so daß an den Eigentumsverhältnissen kein Zweifel entsteht, wird allerdings durch das Besitzkonstitut sehr in den Hintergrund gedrängt. Da dieses Publizitätsprinzip im alten deutschen Recht stark ausgeprägt war, kannte dieses etwas dem Besitzkonstitut Aehnliches nicht. Wohl aber war es dem römischen Recht[71]) bekannt, nur wirkte das Besitzkonstitut dort nicht als Ersatz der Uebergabe wie im BGB., sondern als Uebergabe (Tradition) selbst. Der römische Besitz kannte nämlich zwei Arten, den juristischen Besitz und die Detention. Sie unterschieden sich dadurch, daß zum juristischen Besitz

71) *D.* 41 2. 18. *pr.*: Quod meo nomine possideo, possum alieno nomine possidere: nec enim muto mihi causam possessionis, sed desino possidere et alium possessorem ministerio meo facio.

der animus rem sibi habendi gehörte und zur Detention der animus rem alteri habendi [72]). Wurde nun beim Besitzkonstitut ein Rechtsverhältnis vereinbart, so behielt der bisherige Erwerber zwar die Detention, die körperliche Innehabung der Sache, der juristische Besitz aber ging infolge der Vereinbarung auf den Erwerber über. Der Besitz wechselte also nach römischem Recht regelrecht, so daß tatsächlich eine Tradition selbst stattfand [73]).

Diesen Unterschied zwischen juristischem und Detentionsbesitz macht das BGB. nicht, es fordert zum Besitz nur die körperliche Innehabung, so daß zur Uebergabe stets Detentionswechsel eintreten muß. Das tritt bei der Vereinbarung eines Rechtsverhältnisses nicht ein, daher ist es nur Uebergabeersatz.

Das Besitzkonstitut ist im BGB. aufgenommen, da die Geschäfte des täglichen Lebens es erforderten. Zu seiner Rechtfertigung heißt es in den Protokollen [74]): „Man erkannte allerseits an, daß das constitutum possessorium einem Bedürfnis entspreche, das vom Gesetzgeber nicht ignoriert werden könne. Wollte man die Zulässigkeit des Konstituts ausschließen, so würden die Parteien eine solche Bestimmung mit Leichtigkeit dadurch umgehen können, daß sie alsbald nach der Uebergabe der Sache eine Rückübertragung vornehmen."

Das Besitzkonstitut verlangt die Vereinbarung eines Rechtsverhältnisses, vermöge dessen der Erwerber den mittelbaren Besitz an der Sache erhält. Es muß also ein Besitzmittlungsverhältnis gemäß § 868 BGB. vorliegen, und es muß sich dabei um ein bestimmtes, konkretes Rechtsverhältnis wie Leihe, Miete u. dgl. handeln, die bloße Abrede (sog. abstraktes Konstitut), der Veräußerer solle von nun an für den Erwerber besitzen, genügt nach dem Wortlaut des Gesetzes nicht. Daß die Parteien stets ausdrücklich das Rechtsverhältnis vereinbaren, wird nicht nötig sein, es wird genügen, wenn sich aus den ganzen Umständen mit Sicherheit ergibt, daß die Parteien ein bestimmtes Rechtsverhältnis

72) Vgl. hierüber Sohm § 49 II.
73) Sohm § 52 I a.
74) Bd. 3 S. 197.

vereinbaren wollten. Es geht jedoch andererseits nicht an, in allen Fällen, in denen eine Parteivereinbarung nicht stattgefunden hat, ein Auftrags- oder Verwahrungsverhältnis konstruieren zu wollen, wie es in der Praxis in bedenklicher Weise mitunter geschieht, wenn nicht irgendwelche Umstände auf ein solches hinweisen und die Annahme eines bestimmten Rechtsverhältnisses rechtfertigen.

Ein kraft Gesetzes entstehendes Besitzmittlungsverhältnis, wie es besonders im ehelichen Güterrecht von Bedeutung sein kann, wird für § 930 BGB. für ausreichend zu erachten sein, wenn der Parteiwille gerade auf die Entstehung dieses bestimmten gesetzlichen Besitzmittlungsverhältnisses gerichtet war [75]). Denn der Sinn des konkreten Besitzkonstituts liegt weniger in dem Vereinbaren als in dem Einverständnis der Parteien über ein bestimmtes Rechtsverhältnis.

Daß das vereinbarte Rechtsverhältnis gültig ist, ist nicht nötig [76]); es genügt, wenn die Parteien es für gültig halten und irgendein schuldrechtlicher Herausgabeanspruch, wenn auch nicht auf Grund des Rechtsverhältnisses, sondern etwa aus unerlaubter Handlung oder ungerechtfertigter Bereicherung, durch die Parteivereinbarung entsteht. Denn das Gesetz (§ 868 BGB.) verlangt nicht, daß der Besitzmittler wirklich Mieter, Verwahrer usw. ist, sondern nur, daß er die Sache „als" Mieter oder „als" Verwahrer besitzt.

Als Abweichung von § 929 S. 1 BGB. ist zu § 930 BGB. noch zu erwähnen, daß der bisherige Eigentümer nicht unmittelbarer Besitzer, sondern nur mittelbarer Besitzer zu sein braucht [77]). Nach dem Eigentumswechsel sind dann also sowohl der bisherige wie auch der neue Eigentümer mittelbarer Besitzer und ein Dritter unmittelbarer Besitzer [78]).

---

75) RG. 108 S. 123 ff.; ebenso auch Biermann § 930 A. 1c; Wolff § 67 I 5; Staudinger § 930, A. 1b; a. A. RG.Komm. § 930 A. 5 unter ausdrücklicher Ablehnung von RG. 108, 123; Warneyer § 930 II.

76) Wolff § 67 I 1 u. § 8 I 2; Cosack 2, 1 § 38 II 1; Staudinger § 930 A. 1b α; Warneyer § 930 I; a. A. Biermann § 930 A. 1c.

77) Wolff § 67 I 2.

78) Vgl. § 871 BGB.

Die Frage, zu welchem Zeitpunkt der bisherige Eigentümer im Besitz der Sache sein muß, soll erst später in § .12 erörtert werden.

§ 11.

b) Das zeitliche Verhältnis beim gewöhnlichen Besitzkonstitut.

Da es eine Uebergabe bei der Uebereignung nach § 930 BGB. nicht git — die Uebergabe erfolgt erst nach Beendigung des vereinbarten Rechtsverhältnisses und hat dann mit der Uebereignung nichts mehr zu tun —, muß beim Besitzkonstitut das zeitliche Verhältnis von Einigung und Uebergabesurrogat, der Vereinbarung eines Rechtsverhältnisses, behandelt werden.

Da die Vereinbarung nur anstelle der Uebergabe im dinglichen Vertrag steht, so muß für sie als Uebergabesurrogat dasselbe gelten in bezug auf den dinglichen Vertrag wie für die Uebergabe selbst, und man wird bei der Frage nach dem zeitlichen Verhältnis die gleichen Grundsätze anwenden können wie bei der Uebereignung nach § 929 S. 1 BGB.

Einigung und Uebergabesurrogat können daher zeitlich vollkommen zusammenfallen, zumal da oft die dingliche Einigung stillschweigend in der Vereinbarung eines Rechtsverhältnisses enthalten sein wird. A. erklärt z. B. dem B., er bedaure, nicht auch ein solches Pferd wie B. zu besitzen. B. erwidert, er wolle es ihm gerne sofort verkaufen und zu Eigentum übertragen, nur müsse A. es ihm noch 14 Tage leihen. Erklärt A. sich damit einverstanden, so kommt mit dem Leihvertrag auch die Einigung über die Eigentumsübertragung zustande, Einigung und Uebergabesurrogat fallen also zeitlich vollständig zusammen, und das Eigentum geht sofort über.

Eine Stellvertretung ist beim Besitzkonstitut ebenfalls möglich. Häufig liegt der Fall so, daß der Veräußerer zugleich Vertreter des Erwerbers ist und in einer nach § 181 BGB. zulässigen Weise mit sich selbst kontrahiert. Will A. als Einkaufskommissionär des B. diesen zum Eigentümer

der gekauften Sache machen, ohne diese ihm zu übersenden, so muß er entsprechend dem Publizitätsgedanken seinen Willen, Eigentum zu übetragen und die Sache für B. in Verwahrung zu behalten, in irgendeiner Weise zum Ausdruck bringen, sei es durch besondere Anzeige, sei es durch Einlegung der zu übereignenden Sache in eine Mappe, Schleife, Briefumschlag oder ähnlichem, das den Namen des Kommittenten trägt[79]). Mit der Einigung vereinbart er dann zugleich ein Rechtsverhältnis (Verwahrungsvertrag) gleichfalls mit sich als Vertreter des Erwerbers. Die Einigung und das Rechtsverhältnis werden daher durch die äußere Handlung, die den Willen, Eigentum zu übertragen, zeigt, im gleichen Augenblick existent, so daß auch hier ein zeitliches Zusammenfallen von Einigung und Uebergabe vorliegt.

Kann nun bei § 930 BGB. die Einigung der Vereinbarung eines Rechtsverhältnisses vorhergehen? Da die Vereinbarung eines Rechtsverhältnisses nur anstelle der Uebergabe tritt, so müssen, wie erwähnt, die für § 929 S. 1 BGB. entwickelten Grundsätze über das zeitliche Verhältnis von Einigung und Uebergabe auch hier anwendbar sein. Es ist sehr wohl denkbar, daß sich A. und B. über den Eigentumsübergang eines Pferdes des A. einigen; vielleicht denken sie noch beide an eine Uebergabe, die in den nächsten Tagen vorgenommen werden soll. Später ändern sie ihre Absicht und vereinbaren dann ein Rechtsverhältnis, vermöge dessen A. unmittelbarer Besitzer bleibt, B. mittelbarer Besitzer wird, so daß dann das Eigentum nach § 930 BGB. übergeht. Natürlich muß wie bei § 929 BGB. die voraufgegangene Einigung bis zur Vereinbarung des Rechtsverhältnisses dauern, d. h. sie darf nicht bis dahin widerrufen sein. Das Uebergabesurrogat muß also ebenso wie die Uebergabe des § 929 BGB. noch getragen sein von der Einigung, die Parteien müssen bei der Vereinbarung des Rechtsverhältnisses noch einig sein.

Es gelten daher für diesen Fall entsprechend die Ausführungen zu § 8.

---

79) RG. 52, 132; RG. 63, 17; RG. 86, 264; Prot. Bd. 3 S. 199; Planck § 930 A. 6; Crome § 400 A. 19; Wolff § 67 I 4; Staudinger § 930 A. 4b.

Daß umgekehrt die Vereinbarung eines Rechtsverhältnisses der dinglichen Einigung vorangeht, ist, so eigenartig dies zunächst aussieht, auch denkbar. A. vermietet z. B. dem B. auf drei Jahre sein Pferd. Nach einem Jahr muß B. auf einige Zeit verreisen und gibt dem A. das Pferd in Verwahrung unter Aufrechterhaltung des Mietvertrages. A. besitzt dann also sein Eigentum auf Grund eines Verwahrungsvertrages[80]). Da die Reise sich länger hinzieht, einigen sich die Parteien sechs Monate nach der Abreise des B. unter Aufrechterhaltung des Verwahrungsvertrages und Auflösung des Mietvertrages über den Eigentumsübergang — etwa brieflich —; es geht dann das Eigentum am Pferd nach § 930 BGB. auf B. über, denn die beiden Erfordernisse zum Eigentumsübergang, Einigung und Vereinbarung eines Rechtsverhältnisses, vermöge dessen der Erwerber den mittelbaren Besitz erlangt, liegen vor.

Daß in diesem Fall das Uebergabesurrogat der dinglichen Einigung zeitlich vorangeht, entspricht der zeitlichen Reihenfolge von Uebergabe und Einigung bei der Uebergabe kurzer Hand des § 929 S. 2 BGB., auf die später eingegangen wird. So wenig, wie sich dort etwas gegen die Zulässigkeit der Reihenfolge sagen läßt, lassen sich hier gegen diese Konstruktion Bedenken geltend machen.

Nicht anders liegt die Sache, wenn im Wege des Besitzkonstituts vom Nichteigentümer gemäß § 933 BGB. das Eigentum erworben wird. In diesem Fall genügt für die Uebereignung nicht die Einigung und Vereinbarung eines Rechtsverhältnisses, sondern der Eigentumswechsel tritt erst dann ein, wenn dem Erwerber die Sache vom Veräußerer übergeben ist[81]). Es liegt also letzten Endes der Tatbestand des § 929 S. 1 BGB. vor.

Der Grund für diese Verzögerung im Eigentumswechsel ist der, daß der Erwerber nicht besser dastehen soll als der Eigentümer, wenn er dem veräußernden Nichteigentümer den Besitz der Sache läßt. Er schenkt damit dem Veräußerer das gleiche Vertrauen, wie es der Eigentümer tat, als er

---

80) Vgl. einen ähnlichen Fall bei Brecht S. 284/5.

81) Vorausgesetzt, daß guter Glaube noch vorhanden ist.

dem Veräußerer den Besitz der Sache übertrug[82]), und kann daher von der Rechtsordnung keinen größeren Schutz beanspruchen als der Eigentümer, solange der Veräußerer noch den Besitz behält. Das Eigentum geht daher erst über, wenn der Veräußerer den Besitz aufgibt und ihn dem Erwerber überträgt[83]).

Fast erweckt es den Eindruck, als vollzöge sich der Eigentumswechsel nun nach den §§ 932 S. 1, 929 S. 1 BGB., da nach voraufgegangener Einigung die Uebergabe erfolgt und infolgedessen der Eigentumswechsel eintritt. Und in der Tat vertritt anscheinend der Kommentar von Reichsgerichtsräten diesen Standpunkt, wenn dort[84]) gesagt wird: „Der Grund ist der, daß nunmehr nachträglich die Voraussetzungen des § 929 vorliegen."

Dem kann nicht zugestimmt werden. Der Eigentumswechsel vollzieht sich auf Grund der erfolgten Einigung und der Vereinbarung eines Rechtsverhältnisses, denn es heißt in § 933 BGB. ausdrücklich: „Gehört eine nach § 930 veräußerte Sache ..." Wegen des fehlenden Eigentums des Veräußerers ist allerdings noch die Uebergabe erforderlich, aber die Grundlage des Eigentumswechsels bildet doch immer die Veräußerung nach § 930 BGB., der aus Einigung und Vereinbarung eines Rechtsverhältnisses bestehende dingliche Vertrag. Geht eine Veräußerung nach § 930 BGB. nicht vorher, kann nie Eigentum nach § 933 BGB. übergehen[85]).

Wäre es Absicht des Gesetzgebers gewesen, die Vereinbarung eines Rechtsverhältnisses für bedeutungslos zu halten und den Eigentumsübergang lediglich auf Grund der Einigung und Uebergabe stattfinden zu lassen, wäre § 933 BGB. überflüssig, da die Vorschrift für einen Eigentumswechsel auf derartiger Grundlage schon in § 932 BGB. gegeben ist. Der Gesetzgeber hätte dann, wenn er eine Uebereignung

---

82) Von den selteneren Fällen des § 935 Abs. 2 BGB. sei abgesehen.

83) Wolff § 69 II 2c; Motive Bd. III S. 345.

84) § 933 A. 1 Abs. 1 a. E.; ebenso Biermann § 933 Anm.

85) Staudinger § 933 A. 3; RG.Komm. § 933 A. 1 Abs. 3.

vom Nichteigentümer durch Besitzkonstitut nicht gewollt hätte, ebenso wie er es z. B. bei den Pfandvorschriften getan hat, überhaupt keine Bestimmung über das Besitzkonstitut bringen dürfen. Daß er es aber getan hat, ist der beste Beweis dafür, daß die Vereinbarung eines Rechtsverhältnisses bei § 933 BGB. keineswegs bedeutungslos ist. Sie soll vielmehr zusammen mit der Einigung auch hier den dinglichen Vertrag bilden, dessen Wirksamkeit ausnahmsweise infolge des Nichteigentums des Veräußerers noch von der Uebergabe abhängig gemacht wird.

Erfolgt daher bei § 933 BGB. die Uebergabe, so braucht die bei Vollendung des dinglichen Vertrages vorhanden gewesene Einigung nicht wiederholt zu werden [86]). Gegen eine solche Wiederholung spricht außerdem auch noch die praktische Erwägung, daß der gute Glaube des Erwerbers, der nach § 933 BGB. zur Zeit der Uebergabe vorhanden sein muß, durch eine Wiederholung der Einigung zum mindesten in den meisten Fällen verloren gehen wird. Denn der Erwerber würde bei dem Ansinnen, die Einigung zu wiederholen, mit Recht stutzig werden, da er nach seiner Ansicht doch schon Eigentümer sein müßte, und würde, wenn er nicht nach dem Sachverhalt forschte, grobfahrlässig handeln und damit den guten Glauben verlieren.

Man kann aber noch weiter gehen und nicht nur sagen, die Einigung braucht nicht wiederholt zu werden, sondern auch, sie braucht überhaupt nicht mehr bei der Uebergabe vorhanden zu sein. Denn nachdem der dingliche Vertrag durch Einigung und Vereinbarung eines Rechtsverhältnisses gültig geschlossen ist und nur der Eintritt seiner Wirksamkeit von einer Rechtsbedingung, also einer unechten Bedingung, abhängig gemacht ist, kann er nicht wieder durch einseitigen Widerruf, Fortfall der Geschäftsfähigkeit u. dgl. beseitigt werden.

Während diese Frage gerade beim einseitigen Widerruf an sich praktisch bedeutungslos ist, da ein Widerruf des Veräußerers den guten Glauben des Erwerbers zerstören müßte

---

86) Motive Bd. III S. 345; Staub § 366 Anm. 13; Warneyer § 933 Anm.; Staudinger § 933 Anm. 2; RG.Komm. § 933 Anm. 1 Abs. 2; RG. 81, 142; L.Z. 1915 S. 1541.

und daher schon aus diesem Grunde ein Eigentumswechsel unmöglich würde, kann sie bei Fortfall der Geschäftsfähigkeit der Parteien von Bedeutung sein. Denn da die Uebergabe in diesem Fall nicht zum dinglichen Vertrag gehört, ist, wie mit der herrschenden Meinung anzunehmen ist, zu ihrer Vornahme nicht Geschäftsfähigkeit, sondern nur natürliche Willensfähigkeit erforderlich.

Daß der Erwerber zur Zeit der Uebergabe gutgläubig sein muß, ändert daran nichts, denn zur Gutgläubigkeit ist ebenfalls nicht Geschäftsfähigkeit erforderlich, sondern nur die Fähigkeit, durch Kennen bzw. durch grobfahrlässiges Nichtkennen den guten Glauben zu verlieren [87]). Immerhin wird diese Fähigkeit einen höheren geistigen Entwicklungszustand erfordern als die Fähigkeit zur Uebergabe.

Wenn man weiter in Betracht zieht, daß regelmäßig der Uebergabe die Auflösung des vereinbarten Rechtsverhältnisses vorhergehen wird, wozu Geschäftsfähigkeit erforderlich ist, so beschränkt sich praktisch die Frage, ob der Verlust der Geschäftsfähigkeit nach Abschluß des dinglichen Vertrages den Eigentumswechsel hindert, auf die Fälle, in denen nach Abschluß des dinglichen Vertrages und nach Auflösung des vereinbarten Rechtsverhältnisses die Parteien nur so viel von ihrer Geschäftsfähigkeit einbüßen, daß sie noch zur Uebergabe fähig sind, der Erwerber auch noch zum guten Glauben.

Daß ein solcher Verlust der Geschäftsfähigkeit nichts schadet, ist bereits gesagt.

Da also bei § 933 BGB. Einigung und Vereinbarung eines Rechtsverhältnisses wie bei § 930 BGB. den dinglichen Vertrag bilden, ist das zeitliche Verhältnis dieser beiden Tatbestandsmomente dasselbe wie bei § 930 BGB. Die für das zeitliche Verhältnis bei § 930 BGB. besprochenen Möglichkeiten gelten daher auch hier.

Für die bei § 933 neben dem Uebergangssurrogat auch noch stattfindende wirkliche Uebergabe sei der Vollständigkeit halber in bezug auf das zeitliche Verhältnis von Einigung und dieser Uebergabe festgestellt, daß der Abschluß der Einigung dieser Uebergabe zeitlich stets vorangehen muß.

---

87) v. Tuhr II, 1 § 59 X 5.

§ 12.

c) Das zeitliche Verhältnis beim antizipierten Besitzkonstitut.

Sehr bestritten ist die Frage, ob § 930 BGB. erfordert, daß der Veräußerer zur Zeit der Einigung und der Vereinbarung des Rechtsverhältnisses, also des dinglichen Vertrages, im Besitz der zu veräußernden Sache sein muß, oder ob der dingliche Vertrag auch ohne Besitz gültig geschlossen werden kann in der Weise, daß die Wirksamkeit des dinglichen Vertrages erst mit Erlangung des unmittelbaren Besitzes durch den Veräußerer eintritt[88]). Der dingliche Vertrag ist damit gewissermaßen vorweggenommen, so daß sich für diese Erscheinung der Ausdruck „antizipiertes Besitzkonstitut" eingebürgert hat.

Wenn es sich daher auch beim antizipierten Besitzkonstitut um die Frage nach dem zeitlichen Verhältnis von Einigung und Uebergabeersatz einerseits und Zeitpunkt des Besitzes andererseits handelt und das antizipierte Besitzkonstitut nicht direkt zum Thema dieser Arbeit gehört, so muß doch darauf eingegangen werden, um für den Fall der Gültigkeit des antizipierten Besitzkonstituts das zeitliche Verhältnis von Einigung und Uebergabeersatz dabei feststellen zu können.

Die Frage, ob das antizipierte Besitzkonstitut gültig ist oder nicht, wird neben sonstigen Fällen besonders praktisch bei Sicherungsübereignungen von Warenlagern, wenn Ersatzstücke für das Warenlager angeschafft werden. Daß eine solche Sicherungsübereignung möglich und gültig ist, ist fast allgemein[89]) anerkannt. Es ist zwar früher vereinzelt dagegen geltend gemacht, eine Sicherungsübereignung nach § 930 BGB. sei wirtschaftlich nichts anderes als eine Ver-

---

88) Vgl. hierzu Fischer, das antizipierte Besitzkonstitut, Diss. Rostock 1928.

89) Enneccerus § 139 II 4b; RG. 113, 54; RG. Komm. § 930 A. 6; Staudinger § 930 A. 3; Planck § 930 A. 5; Warneyer § 930 V; Fischer S. 48 ff.; Wolff § 67 I, § 163 I 1d; daselbst Anm. 14 die weitere Literatur.

pfändung durch Besitzkonstitut, eine solche sei aber vom Gesetz nicht zugelassen, so daß eine Sicherungsübereignung zur Umgehung des Gesetzes bestimmt und daher nichtig sei[90]). Hieran ist soviel richtig, daß in einer Sicherungsübereignung eine Umgehung des Gesetzes liegen kann, die die Uebereignung nichtig macht; es kann aber auch anders sein. Erforderlich für die Gültigkeit ist deshalb vor allem, daß die Parteien den ernstlichen Willen haben, Eigentum zu übertragen bzw. zu erwerben, und daß die sonstigen Erfordernisse des § 930 BGB., insbesondere die Vereinbarung eines konkreten Rechtsverhältnisses, vorliegen. Der Veräußerer muß nach der Uebereignung den Willen haben, für den Erwerber zu besitzen[91]). Es genügt daher nicht, wenn der Veräußerer zur Verfügung über die Sachen in einer Weise berechtigt bleibt, wie sie an sich nur mit der Stellung eines Eigentümers vereinbar ist. Die übereigneten Sachen müssen ferner auch genau bestimmt sein, andernfalls geht das Eigentum nicht über.

Liegen alle diese Voraussetzungen ohne Verstoß gegen die guten Sitten vor, so ist die Sicherungsübereignung für gültig zu erachten. Und zwar bezieht sich das auch auf die Sicherungsübereignung von Warenlagern, denn ob eine einzelne Sache übereignet wird oder eine Mehrheit von Sachen, zusammengefaßt unter dem Namen „Warenlager", kann rechtlich keinen Unterschied machen, Bestimmbarkeit der Sachen vorausgesetzt.

Uebrigens erkennt neuerdings auch das Gesetz selbst die Gültigkeit von Sicherungsübereignungen ausdrücklich an, worauf der Kommentar der Reichsgerichtsräte[92]) zutreffend hinweist. In § 22 des Gesetzes betreffend die Ermöglichung der Kapitalkreditbeschaffung für landwirtschaftliche Pächter vom 9. Juli 1926 (RGBl. 1926 S. 399) heißt es: „Rechte auf Grund einer vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes er-

---

90) Hoeniger S. 37, der jedoch jetzt seine ablehnende Haltung gegen die Sicherungsübereignung aufgegeben hat, vgl. J.W. 1926 S. 2681 zu 11.

91) O.L.G. Rostock in Meckl. Zeitschrift 1926 S. 439.

92) § 930 A. 6.

folgten Sicherungsübereignung werden durch § 4 Abs. 1 nicht berührt, wenn, ..."

Ist daher die Sicherungsübereignung von Warenlagern für gültig anzusehen, so steht auch nichts im Wege, daß der Veräußerer gemäß getroffener Vereinbarung die Waren verkauft, wenn er sie nur für den Erwerber verkauft und den Erlös für ihn einnimmt. Dem Zweck einer Sicherungsübereignung eines Warenlagers entspricht es nun in den meisten Fällen, daß das Warenlager nicht ausverkauft wird, sondern daß von dem Erlös neue Waren angeschafft werden. Die Sicherung des Erwerbers erfordert es dann aber, daß diese neu angeschafften Waren in sein Eigentum übergehen, da er sonst nach Ausverkauf des ursprünglichen Warenlagers nicht mehr gesichert ist.

Um diesen Zweck zu erreichen, besteht natürlich an sich die Möglichkeit, daß die Parteien bei jedem neu angeschafften Stück eine Uebereignung nach § 930 BGB. vornehmen, d. h. bei jeder neuen Ware sich über den Eigentumsübergang einigen und ein Rechtsverhältnis vereinbaren. Dieser Weg wäre aber als zu umständlich für die Praxis völlig unmöglich, zumal die neue Ware sich bei diesem Verfahren eine Zeitlang im Eigentum des Veräußerers befände und damit dem Zugriff seiner Gläubiger ausgesetzt wäre, so daß der Erwerber vielfach zu spät käme und die beabsichtigte Sicherung nicht erhalten könne.

Um dies zu vermeiden, wird daher von den Parteien regelmäßig von vornherein vereinbart, daß auch das Eigentum an den neu anzuschaffenden Stücken sofort auf den Erwerber übergehen soll, sowie er den Besitz an den Sachen erhält, und daß der Veräußerer die Sachen in einem bestimmten Besitzmittlungsverhältnis für den Erwerber besitzen soll.

Die Möglichkeit einer solchen vorgängigen Vereinbarung wird, soweit ersichtlich, nirgends mehr bestritten, nur die juristische Konstruktion mit den sich daraus ergebenden Folgen ist noch Gegenstand lebhaften Streites. Der Hauptunterschied der Konstruktion liegt in der verschiedenen Auffassung der Vereinbarung nach ihrer schuldrechtlichen oder dinglichen Seite.

Denn ein Teil der Literatur[93]) steht auf dem Standpunkt, diese vorgängige Parteivereinbarung habe nur schuldrechtlichen Charakter, durch sie werde der Veräußerer lediglich ermächtigt und verpflichtet, das Eigentum im Augenblick des Besitzerwerbes auf den Erwerber zu übertragen und die zukünftige Sache vom Augenblick des Besitzerwerbes für einen anderen (nomine alieno) zu besitzen. Wird nach dieser Verpflichtung gehandelt, so genügt sie infolge ihrer obligatorischen Natur für den Eigentumsübergang nicht, sondern die Uebereignung muß, nachdem der Veräußerer den Besitz erlangt hat, durch einen besonderen dinglichen Vertrag vorgenommen werden.

Zweifellos ist dies insoweit richtig, als eine solche vorgängige Vereinbarung dem Parteiwillen entsprechend nur obligatorischer Natur zu sein braucht. Das Wesen des antizipierten Besitzkonstituts soll aber nicht obligatorisch, sondern dinglich sein, wenn es Anspruch auf besondere Beachtung finden will. Die dingliche Seite der vorgängigen Vereinbarung wird aber von den Vertretern obiger Ansicht geleugnet. Auf die Berechtigung ihrer Ablehnung einzugehen, wird sich im folgenden Gelegenheit finden.

Nach anderer Ansicht[94]) wird zwar der vorgängigen Vereinbarung eine gewisse dingliche Wirkung zugebilligt, aber zum endgültigen Eigentumsübergang eine sogenannte Ausführungsbehandlung des Veräußerers gefordert, durch die äußerlich erkennbar, wenn auch nicht für jeden Dritten, so doch für die Beteiligten, der Eigentumswechsel in die Erscheinung tritt. Nach dieser Ansicht geschieht die Eigentumsübertragung durch Kontrahieren des Veräußerers mit sich selbst als Vertreter des Erwerbers, denn die vorgängige Vereinbarung enthält zugleich die Bevollmächtigung des Veräußerers zum Vertreter des Erwerbers und die Erlaubnis des Erwerbers an den Veräußerer gemäß § 181 BGB., mit sich selbst zu kontrahieren. Macht der Veräußerer dann

---

93) Lenel S. 69; Leonhard S. 46/47; Kohler S. 104; dagegen Enneccerus § 167 Anm. 5.

94) RG. 116, 201 ff.; 73, 418; 99, 209; Wolff § 67 I 2 u. § 66 II; Planck § 930 A. 2; RG.Komm. § 164 A. 3 Abs. 3; Lasi S. 100/1.

das „Insichkontrahieren" irgendwie erkennbar entsprechend der allgemeinen Rechtsregel, daß ein Willensentschluß in die Erscheinung treten muß, um im Rechtsleben Beachtung zu finden, indem er die zu übereignende Sache mit dem Namen des Erwerbers bezeichnet oder dgl.[95]), so geht das Eigentum über. Diese Ansicht wird insbesondere bei den Kommissionsgeschäften vertreten.

Auch diese Ansicht ist an sich durchaus zutreffend, trifft aber nicht das Wesen des antizipierten Besitzkonstituts. Denn im Grunde hat auch hier die vorgängige Vereinbarung keine dingliche Wirkung, sondern nur obligatorische, da mit der vorgängigen Vereinbarung noch nicht genug getan ist, um den Eigentumswechsel ohne weiteres hervorzurufen. Mit Recht weist Planck[96]) darauf hin, daß das den Eigentumsübergang entscheidende Konstitut erst durch das Kontrahieren des Veräußerers mit sich selbst stattfindet. Erst wenn der Veräußerer mit sich als Vertreter des Erwerbers die dingliche Einigung und die Vereinbarung eines Rechtsverhältnisses vorgenommen hat und dies erkennbar gemacht hat, geht das Eigentum auf Grund dieses Tatbestandes über, so daß erst das Selbstkontrahieren den dinglichen Vertrag bildet. Die vorgängige Vereinbarung ist daher ohne eigentliche dingliche Wirkung und zwar als durchaus möglich, aber nicht als das eigentliche antizipierte Besitzkonstitut anzusehen.

Bedeutend näher kommt der Sache schon eine weitere Ansicht[97]), wonach eine vorgängige Vereinbarung (Einigung und Vereinbarung eines Rechtsverhältnisses) mit dinglicher Wirkung für den Fall des zukünftigen Besitzerwerbes geschlossen werden kann in der Weise, daß der Eigentumsübergang auf Grund dieser vorgängigen Vereinbarung eintritt,

---

95) Vgl. oben § 11.

96) § 930 A. 5 Abs. 4.

97) RG. 73, 418, wo ebenfalls ein Unterschied von der vorigen Ansicht gemacht ist; RG.Komm. § 930 A. 2; Staudinger § 930 A. 1*b*; Warneyer § 930 III; Cosack 2, 1 § 38 II 3*b*; Staub § 366 A. 2*a* u. § 368 § 97 unter ausdrücklicher Ablehnung der Konstruktion mit § 181 BGB.; RG. 56, 52 ff.; J.W. 1912 S. 797/8, 1917 S. 218; RG. in Gruchot 53, 1049; O.L.G. 18, 134; 20, 66; L.Z. 1919, 697; Stintzing S. 189 Nr. 70.

wenn der Veräußerer eine Ausführungshandlung vornimmt, ohne daß hierin ein Kontrahieren mit sich selbst liegt.

Die letzte Ansicht[98]), die wegen der geringen Unterschiede von der vorigen im Zusammenhang mit dieser besprochen werden soll, sieht ebenfalls den Grund für den Eigentumswechsel in der vorgängigen Einigung und Vereinbarung eines Rechtsverhältnisses mit der Abrede, daß der dingliche Vertrag erst in der Zukunft, vom Augenblick des Besitzerwerbes durch den Veräußerer, wirken soll. Im Gegensatz zur vorigen Meinung tritt dann der Eigentumswechsel im Augenblick des Besitzerwerbes durch den Veräußerer ein, ohne daß es einer Ausführungshandlung, die das Geschehene kündbar macht, bedarf.

Ob es allerdings überhaupt gerechtfertigt ist, einen Unterschied zwischen diesen beiden letzten Ansichten zu machen, kann zweifelhaft erscheinen, um so mehr als das Reichsgericht beide Ansichten vertritt, ohne hierdurch Veranlassung genommen zu haben, eine Plenarentscheidung gemäß § 136 GVG. herbeizuführen, so daß das Reichsgericht offenbar keinen Unterschied macht. Tatsächlich hat auch, wie noch ausgeführt werden wird, die Ausführungshandlung an sich nichts mit dem antizipierten Besitzkonstitut zu tun, sie ist vielmehr aus anderen Gründen zu fordern, so daß in bezug auf den rechtlichen Charakter des antizipierten Besitzkonstituts die beiden Meinungen wohl gleicher Auffassung sind, wenn es in der Literatur auch durchaus nicht klar hervortritt. Der Kern beider Ansichten liegt in der in die Zukunft wirkenden dinglichen Vereinbarung, wie sie das Wesen des antizipierten Besitzkonstituts, wenn es rechtlich zulässig ist, sein muß. Es ist daher in erster Linie zu prüfen, ob eine solche dingliche Vereinbarung begrifflich und nach dem Wortlaut des Gesetzes möglich ist.

Zum Gegenstand der Erörterungen sei auch hier, soweit nötig, als Beispiel die Sicherungsübereignung von Warenlagern gemacht, da hierbei die zu besprechenden Fragen alle deutlich hervortreten.

---

98) Biermann § 930 A. 1b; v. Tuhr in Jherings Jb. 48 S. 47 ff.; Müller S. 245 ff.; J.W. 1907 S. 747 Nr. 18; RG. in Gruchot 47, 988; RG. 100, 192/3; Planck § 164 A. 5c; L.Z. 1924 S. 476; auch wohl Hedemann S. 131.

Es handelt sich also um die Frage, ob A., wenn er sein Warenlager dem B. zur Sicherheit übereignet hat, mit ihm nach § 930 BGB. vereinbaren kann, daß alle von A. künftig anzuschaffenden Waren mit dem Besitzerwerb durch A. sogleich in das Eigentum des B. übergehen sollen. Um dies zu bejahen, muß festgestellt werden, ob eine solche Verfügung, wie es die Uebereignung nach § 930 BGB. ist, über zukünftige Sachen begrifflich möglich ist.

Der Ausdruck „zukünftige Sachen" ist dabei nicht ganz zutreffend. Vielmehr muß man bei den neu anzuschaffenden Waren unterscheiden zwischen solchen, die schon hergestellt sind, also nicht „zukünftig" sind, und z. B. noch beim Fabrikanten lagern, und solchen, die noch nicht hergestellt und daher noch „zukünftig" sind. Die Untersuchung muß sich natürlich auf beide Arten erstrecken.

Ist nun an sich eine solche Verfügung über Sachen möglich, die zwar schon existieren, aber nicht im Eigentum und Besitz des Verfügenden oder seines Gegners stehen? Das muß unbedenklich bejaht werden, ohne daß vorläufig der Wortlaut des § 930 BGB. berücksichtigt werden soll, denn für diesen Fall bestimmt § 185 Abs. 2 BGB. ausdrücklich: „Die Verfügung wird wirksam, wenn ... oder wenn der Verfügende den Gegenstand erwirbt ..." Es handelt sich mithin in diesen Fällen um die Verfügung eines Nichtberechtigten.

Einigen sich also A. und B. über den Eigentumsübergang an den künftig anzuschaffenden Waren und vereinbaren ein Rechtsverhältnis nach § 868 BGB., nehmen mithin eine Verfügung vor, so wird die Verfügung wirksam, d. h. das Eigentum geht auf B. über, im Augenblick, wo A. die Sachen erwirbt, wenn es sich um Sachen handelt, die im Augenblick der Verfügung schon vorhanden waren. Eine Rückwirkung des Eigentumsüberganges auf den Zeitpunkt der Verfügung findet gemäß § 185 BGB. nicht statt.

An der Richtigkeit dieses Ergebnisses dürfte kein Zweifel bestehen, es sei denn, daß § 930 BGB. eine Ausnahme von dieser Regel macht. Hiervon wird später zu sprechen sein.

Nun werden die Parteien im Augenblick der Verfügung in den meisten Fällen nicht wissen, ob die künftig anzuschaffenden Waren schon irgendwo vorhanden sind oder nicht.

Es ist daher weiter zu prüfen, ob die Verfügung über künftige Sachen begrifflich möglich ist und welche Vorschriften hierauf eventuell anzuwenden sind.

Die Möglichkeit einer Verfügung über künftige Gegenstände ist bestritten[99]), doch muß sie, wenigstens für diesen Fall, anerkannt werden.

Zunächst spricht schon vom rein praktischen Standpunkt aus sehr viel für die Möglichkeit. Denn es erscheint ungerechtfertigt, bei der Verfügung über zu erwerbende Waren die Wirksamkeit der Verfügung davon abhängig zu machen, ob die Waren zur Zeit der Verfügung existierten oder nicht. Das läßt sich oft gar nicht feststellen, und die natürliche Folge ist eine große Rechtsunsicherheit. Denn kann bei einem Teil der neu angeschafften Waren nicht festgestellt werden, daß sie zur Zeit der Verfügung vorhanden waren, und würde infolgedessen das Eigentum an ihnen nicht auf den Gegner (B.) übergehen, so würde infolge mangelnder Bestimmtheit der übereigneten Waren nach der Einverleibung in das Warenlager die gesamte Sicherungsübereignung ungültig werden[100]). Damit wäre die Sicherungsübereignung in vielen Fällen unmöglich und ihre Wirksamkeit von außerhalb des Parteiwillens liegenden Umständen abhängig gemacht, ein Ergebnis, das praktisch und vom Standpunkt der Rechtssicherheit wohl kaum zu billigen ist.

Entscheidend ist aber, daß der Begriff der Verfügung, über den im wesentlichen Einverständnis herrscht, an sich nicht voraussetzt, daß die Wirkung sofort eintritt und daß der Gegenstand der Verfügung existiert, es sei denn, daß die Verfügung in einer Handlung oder dgl. besteht, die die Existenz des Gegenstandes voraussetzt[101]). Eine Verfügung

---

99) Dafür: RG. Komm. Vorbem. 7 zu § 104; Enneccerus § 302 II 2; v. Tuhr in Dtsch. Juristen-Ztg. 1904 S. 426; Staudinger Vorbem. zu § 104 VIII A. 6; RG. 67, 167; 75, 227; 82, 229, 92, 239; Fischer S. 10 ff.; a. A. Eccius in Gruchot 48 S. 465 ff.; derselbe in Dtsch. Jur.-Ztg. 1904 S. 53 ff.

100) RG. 113, 59 ff.

101) Staudinger, Einleitung zu § 104 VIII A. 6; Dertmann Vorbem. eß zu § 90; RG. Komm. Vorbem. 7 zu § 104; RG. 67, 167; RG. 75, 227; a. A. Eccius in Gruchot 48 S. 465 ff.

über eine nicht existierende Sache durch Uebereignung nach § 929 S. 1 BGB. ist daher unmöglich, denn zu dieser Verfügung gehört die Uebergabe, die begrifflich eine existierende Sache voraussetzt. Anders liegt es aber bei § 930 BGB., wo die Uebergabe durch die Vereinbarung eines Rechtsverhältnisses ersetzt wird. Eine solche Vereinbarung setzt zwar im allgemeinen die Existenz einer Sache voraus, da die Vereinbarung z. B. eines Mietverhältnisses über eine nicht existierende Sache nach § 306 BGB. nichtig ist. Eine solche Vereinbarung ist aber nach § 308 BGB. dann gültig, wenn die Unmöglichkeit (die Nichtexistenz) gehoben werden kann und die Parteien gerade für diesen Fall die Vereinbarung geschlossen haben. Ist das vereinbarte Rechtsverhältnis nicht obligatorischer, sondern dinglicher Natur, so daß § 308 BGB. nicht unmittelbar anwendbar ist, liegt die Sache nicht anders. Der Abschluß eines solchen Rechtsverhältnisses über eine nicht existierende Sache muß ebenfalls gültig sein, wenn die Parteien gerade für den Fall der Existenz und des Besitzerwerbes das Rechtsverhältnis geschlossen haben.

Die Verfügung über zukünftige Sachen nach § 930 BGB. durch Einigung und Vereinbarung eines Rechtsverhältnisses ist also für gültig zu halten, wenn die Parteien sich, ausdrücklich oder stillschweigend, darüber einig sind, daß die Vereinbarung nur für den Fall des künftigen Besitzerwerbes, der die künftige Existenz der Sache notwendig in sich schließt, geschlossen sein soll. Damit liegt dann eine gültige Verfügung vor, auf die § 185 BGB. nicht anzuwenden kein Anlaß vorliegt[102]). Die Verfügung wird also wirksam, wenn der Verfügende den Gegenstand erwirbt, d. h. mit dem Besitzerwerb durch den Veräußerer geht das Eigentum auf den Erwerber über.

Das antizipierte Besitzkonstitut ist also begrifflich sehr wohl denkbar.

Es wird aber vielfach[103]) geltend gemacht, ob das antizipierte Besitzkonstitut begrifflich möglich ist oder nicht, sei gleich, tatsächlich sei es jedenfalls nach dem Wortlaut des

---

102) a. A. Oertmann § 185 A. 9; Warneyer § 185 II a. E.

103) Planck § 930 A. 2; Wolff § 67 I 2.

§ 930 BGB., mithin für das geltende deutsche Recht, ausdrücklich ausgeschlossen.

Hiergegen läßt sich folgendes geltend machen.

Zunächst dürfte es nicht zutreffend sein, daß das Gesetz mit den Worten des § 930 BGB.: „Ist der Eigentümer im Besitz der Sache, so ..." wirklich den Besitz des Eigentümers als Voraussetzung für den Abschluß des dinglichen Vertrages gewollt hat. Betrachtet man allerdings § 930 BGB. allein, so erscheint es zwar in der Tat so, als wenn das Besitzkonstitut nur schon bei bestehendem Besitz des Veräußerers möglich ist. Aber die Gegenüberstellung von § 930 BGB. mit den §§ 929 S. 2, 931 BGB. lehrt, daß das nicht richtig ist, sondern daß durch die fraglichen Worte des § 930 BGB. eine Abgrenzung von den übrigen Fällen der Uebereignung stattfinden soll. Die Worte: „Ist der Eigentümer im Besitz der Sache" sollen im Gegensatz zu den Worten „Ist der Erwerber im Besitz der Sache" (§ 929 S. 1 BGB.) und „Ist ein Dritter im Besitz der Sache" (§ 931 BGB.) stehen und sollen weniger ein zeitliches Verhältnis des Besitzes des Veräußerers zur Einigung und Vereinbarung eines Rechtsverhältnisses ausdrücken [104]) als die gesetzliche Möglichkeit, im Gegensatz zu den anderen Uebereignungsarten den Eigentumswechsel durch Einigung und Vereinbarung eines Rechtsverhältnisses vorzunehmen. Der Besitz des Eigentümers ist daher nicht Voraussetzung für den Abschluß, sondern für die Wirksamkeit des dinglichen Vertrages, er ist eine sogenannte Rechtsbedingung [105]). Selbst wenn man dies aber nicht anerkennen, sondern das antizipierte Besitzkonstitut wegen des Wortlauts des § 930 BGB. ablehnen wollte, müßte man es doch aus anderen Gründen für das heutige deutsche Recht geltend lassen. Denn es wäre zu prüfen, ob nicht dann das antizipierte Besitzkonstitut durch Gewohnheitsrecht eingeführt ist, und diese Frage müßte aus folgenden Gründen bejaht werden.

Es ist anerkannten Rechtes, daß das Gewohnheitsrecht imstande ist, ältere Gesetze aufzuheben oder teilweise zu

---

104) Müller S. 240; v. Tuhr in Jher. Jahrb. Bd. 48 S. 47.

105) Oertmann, Rechtsbedingung § 4 u. § 22.

verändern, so daß auch § 930 BGB. in der Weise abgeändert werden könnte, daß Besitz des Eigentümers nicht mehr zum Abschluß des dinglichen Vertrages erforderlich ist[106]).

Das Gewohnheitsrecht entsteht durch eine möglichst gleichförmige, dauernde und allgemeine Uebung eines Rechtswillens, der auf Verwirklichung eines Rechtssatzes gerichtet ist[107]).

Daß sich eine solche Uebung in bezug auf das antizipierte Besitzkonstitut heute herausgebildet hat, ist wohl nicht mehr zu bestreiten.

In zahlreichen Fällen des täglichen Lebens wird, gerade wieder bei der Sicherungsübereignung von Warenlagern, die Uebereignung künftiger Sachen vorgenommen, da der heutige Verkehr die Möglichkeit einer solchen Uebereignung erfordert. Es hat sich dabei seit geraumer Zeit in den beteiligten Kreisen die Ueberzeugung herausgebildet, daß das rechtlich zulässig ist. Die Rechtsprechung trägt dem auch Rechnung, indem sie ebenfalls das antizipierte Besitzkonstitut zuläßt[108]).

Daher kann und muß man vom Standpunkt der Gegenmeinung die Bildung eines Gewohnheitsrechtes in dieser Beziehung und damit das antizipierte Besitzkonstitut anerkennen.

Richtiger ist es aber, wie gesagt, das antizipierte Besitzkonstitut schon nach dem Wortlaut des § 930 BGB. zu bejahen.

Ist insoweit also auf jeden Fall nach dem geltenden deutschen Recht die Möglichkeit des antizipierten Besitzkonstituts gegeben, so ist weiter zu untersuchen, ob zu seiner Gültigkeit noch eine Ausführungshandlung oder dgl. bei oder nach Besitzerwerb erforderlich ist, wie es die oben angeführte dritte Ansicht will, oder nicht.

Für das Erfordernis einer Ausführungshandlung spricht vor allem der mit Recht eigene Publizitätsgedanke: Besitz

---

106) Dies alles ist natürlich vom Standpunkt der oben bekämpften Gegenansicht zu betrachten.

107) Vgl. Enneccerus §§ 35 ff.; v. Thur I, Einleitung III S. 10.

118) Vgl. RG. 113, 60, sowie die oben angeführten Entscheidungen.

und Eigentum sollen offen und erkennbar für Dritte daliegen. Dieser Grundsatz würde zweifellos beim Fehlen irgendeiner Handlung, an der das Besitzmittlungsverhältnis und das fremde Eigentum erkannt werden kann, vernachlässigt. Aber ist es denn beim gewöhnlichen Besitzkonstitut anders? Geht nicht beim gewöhnlichen Besitzkonstitut das Eigentum über lediglich durch bloße Parteiabrede, ohne daß die Veränderung im Besitz und Eigentum irgendwie in Erscheinung tritt und ohne daß von einer Ausführungshandlung die Rede ist? Zweifellos, und diese Durchbrechung des Publizitätsprinzips im allgemeinen Verkehrsinteresse muß ebenso gut wie für das gewöhnliche auch für das antizipierte Besitzkonstitut gelten, denn den einzige Unterschied zwischen dem gewöhnlichen und dem antizipierten Besitzkonstitut liegt doch nur darin, daß beim gewöhnlichen die Rechtswirkung, nämlich die Eigentumsübertragung verbunden mit der Uebertragung des mittelbaren Besitzes, sofort eintritt, während sie beim antizipierten Besitzkonstitut nach dem Parteiwillen erst in der Zukunft eintreten soll. Eine Ausführungshandlung ist demnach für das antizipierte Besitzkonstitut grundsätzlich nicht zu fordern. Eine solche Forderung ließe sich auch in keiner Weise aus dem Gesetz begründen, denn das Gesetz verlangt nur Besitz des Veräußerers, Einigung und Vereinbarung eines Rechtsverhältnisses für den Eigentumsübergang, aber keine Handlung, mit der die Uebereignung irgendwie ersichtlich gemacht wird.

Allerdings wird sich eine Ausführungshandlung nicht immer vermeiden lassen, um eine gültige Uebereignung vorzunehmen. Das geschieht aber nicht, weil das antizipierte Besitzkonstitut sie an sich erfordert, sondern um die übereigneten Sachen genau bestimmen zu können und von anderen, nicht übereigneten Sachen unterscheiden zu können. Denn es ist Grundsatz bei jedem Besitzkonstitut, daß die zu übereignenden Sachen genau bestimmt sind. Insofern kommen solche Ausführungshandlungen gerade bei Sicherungsübereignungen von Warenlagern, bei denen später eine Menge von Ersatzstücken angeschafft wird, in Betracht, denn es wäre möglich, daß der Veräußerer die Sachen nicht als Ersatzstücke für das Warenlager, sondern für seinen Privatgebrauch angeschafft hat, so daß sie in seinem Eigentum bleiben sollen.

Man wird dann schon in der Art der Benutzung[109]), der Aufbewahrung u. a. m. eine Ausführungshandlung sehen können, die die einzelnen Sachen genügend bestimmt. Nichts anderes kann es bedeuten, wenn das Reichsgericht[110]) verschiedentlich fordert, es müsse der vorgängigen Vereinbarung entsprochen werden, um die Uebereignung gültig zu machen. Denn handelt der Veräußerer nicht nach der Vereinbarung, d. h. übt er den Besitz nicht für den Erwerber, sondern für sich aus, etwa weil die angeschaffte Sache gar nicht als Ersatzstück des Warenlagers gedacht ist, so geht das Eigentum nicht auf den Erwerber über. Es kommt also, ähnlich wie bei § 1381 BGB., wo es auf den Willen des erwerbenden Mannes ankommt, ob das Eigentum an den mit Mitteln des eingebrachten Gutes angeschafften Sachen auf die Frau übergehen soll oder auf den Mann, auf den Willen des Veräußerers an, ob er für sich oder den Erwerber besitzen will, bzw. ob er oder der Erwerber Eigentümer der Sache wird.

Die sogenannte Ausführungshandlung dient also teils dazu, die nötige Bestimmtheit der Waren zu sichern, teils als Beweismittel für den Besitzmittlungswillen des Veräußerers. Wie weit sie erforderlich ist, richtet sich nach den Umständen des einzelnen Falles. Es folgt daraus, daß tatsächlich zwischen den beiden oben angeführten Ansichten über das dinglich wirkende antizipierte Besitzkonstitut kein Unterschied besteht.

Im Ergebnis ist also folgendes zu sagen: Das antizipierte Besitzkonstitut ist für rechtlich zulässig zu halten. Zu seiner Gültigkeit ist erforderlich die dingliche Einigung und die Vereinbarung eines Rechtsverhältnisses mit der Abrede, daß die Wirkung erst in der Zukunft, vom Augenblick des Besitzerwerbes durch den Veräußerer eintreten soll. Eine besondere Ausführungshandlung ist nur in dem Sinn erforderlich, daß dadurch die Sachen, soweit nötig, bestimmt werden und ein Beweis dafür, daß der Veräußerer die Sachen nicht für den Erwerber, sondern für sich besitzen will, ausgeschlossen wird. Mit der Gültigkeit des antizipierten Besitzkonstituts an sich hat die Ausführungshandlung nichts zu tun.

109) L.Z. 1916 S. 383 Nr. 13; J.W. 1917 S. 218

110) RG. 56, 54; RG. in Gruchot 53, 1049; J.W. 1912 797/8; auch O.L.G. 20, 66.

Wie gestaltet sich nun das zeitliche Verhältnis von Einigung und Vereinbarung eines Rechtsverhältnisses beim antizipierten Besitzkonstitut?

Da sich das antizipierte Besitzkonstitut vom gewöhnlichen lediglich durch den Zeitpunkt des Besitzerwerbes des Veräußerers unterscheidet, der Besitzerwerb aber nicht zum dinglichen Vertrag gehört, so kann der veränderte Zeitpunkt des Besitzerwerbes beim antizipierten Besitzkonstitut auch von keinem besonderen Einfluß auf das zeitliche Verhältnis von Einigung und Uebergabesurrogat sein. Das zeitliche Verhältnis ist daher grundsätzlich dasselbe wie beim gewöhnlichen Besitzkonstitut [111]). Lediglich der Fall, daß beim antizipierten Besitzkonstitut die Vereinbarung eines Rechtsverhältnisses der dinglichen Einigung zeitlich voraufgeht, erscheint hier im Gegensatz zum gewöhnlichen Besitzkonstitut als unmöglich.

Eine weitere Frage ist die nach dem zeitlichen Verhältnis von Einigung und Uebergabesurrogat, also des dinglichen Vertrages, zum Besitzerwerb beim antizipierten Besitzkonstitut und nach der bindenden Kraft des antizipierten Besitzkonstituts.

Da die Wirkung des dinglichen Vertrages von dem zukünftigen Besitzerwerb des Veräußerers abhängig gemacht ist, so scheint auf den ersten Blick ein aufschiebend bedingter Uebereignungsvertrag vorzuliegen. Das ist jedoch nicht zutreffend, denn bei dem Besitz handelt es sich um eine vom Gesetz aufgestellte Voraussetzung, also um eine sogenannte Rechtsbedingung, die mit der echten Bedingung nur äußerlich ähnlich ist. Infolgedessen ist der Uebereignungsvertrag auch nicht bedingt, sondern unbedingt abgeschlossen. Der dingliche Vertrag liegt also mit Abschluß der Einigung und der Vereinbarung eines Rechtsverhältnisses gültig, wenn auch noch nicht wirksam vor, und ein einseitiges Abgehen von diesem Vertrag durch Widerruf, Verlust der Geschäftsfähigkeit usw. erscheint unmöglich. Das ist wenigstens bei der Einigung der Fall. Diese kann so wenig wie sonst bei einem gültig abgeschlossenen Uebereignungsvertrag willkürlich von einer Partei hinfällig gemacht werden. In dieser Parteigebundenheit steht also die Rechtsbedingung der oben in § 9 behandel-

111) Vgl. § 11.

ten echten Bedingung völlig gleich[112]). Es ist natürlich möglich, daß der dingliche Vertrag vor Eintritt der Rechtsbedingung durch Parteiabrede oder, wie Oertmann a. a. O. hervorhebt, infolge besonderer Umstände durch Widerruf, Rücktritt oder Anfechtung hinfällig wird, und insofern hat Biermann[113]) Recht, wenn er meint, die Parteien müßten noch beim Besitzerwerb einig sein. Will Biermann aber damit zum Ausdruck bringen, der Vertrag könne bis zum Besitzerwerb durch beliebige Aufgabe des Einigungswillens einer Partei zu Fall gebracht werden, so wäre dem aus den dargelegten Gründen nicht beizutreten. Die Parteien sind grundsätzlich an das antizipierte Besitzkonstitut gebunden, insbesondere die einmal geschlossene Einigung, wenn sie nur zur Zeit der Vereinbarung eines Rechtsverhältnisses bestand, dauert ohne Rücksicht auf den einseitigen Willen der Parteien fort.

Anders wird es indes bei dem zweiten Erfordernis des antizipierten Besitzkonstituts, der Vereinbarung eines Rechtsverhältnisses. Zwar besteht natürlich grundsätzlich auch die Parteigebundenheit dieser Vereinbarung, aber es kommt bei dieser Vereinbarung nicht darauf an, daß ein wirkliches Rechtsverhältnis besteht, sondern der unmittelbare Besitzer muß nach § 868 BGB. die Sache „als" Nießbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Mieter, Verwahrer usw. besitzen, d. h. er muß den Willen haben, als Besitzmittler für den mittelbaren Besitzer zu dienen. Diesen Willen kann er aber jederzeit aufgeben und ihn mit dem Willen, die Sache als Eigenbesitzer zu besitzen, vertauschen. Mit dem Verlust des Besitzmittlungswillens geht ohne weiteres das Besitzmittlungsverhältnis verloren ohne Rücksicht darauf, ob noch ein Rechtsverhältnis oder ein Herausgabeanspruch besteht oder nicht[114]). Es entscheidet also lediglich der einseitige Wille des unmittel-

---

112) Oertmann, Rechtsbedingung § 10.

113) § 930 A. 1 *b*; ebenso Cosack 2, 1 § 38 II 3 *a*; Planck § 164 A. 5 *c*.

114) Protokolle Bd. 3 S. 227; RG.Komm. § 868 A. 6; Biermann § 868 A. 7; Warneyer § 868 III; Planck § 868 A. 4 *b* β; Wolff § 15 II, 2; a. A. Staudinger § 868 V 2 *b*; Cosack 2, 1 § 10 III, 3; Müller S. 247 ff.

baren Besitzers, ob ein Besitzmittlungsverhältnis vorliegt oder nicht.

Daß umgekehrt der mittelbare Besitzer nicht durch einseitige Willensänderung oder Erklärung das Besitzmittlungsverhältnis beenden kann, folgt daraus, daß er auf den ihm durch das Besitzmittlungsverhältnis zustehenden Herausgabeanspruch nicht einseitig, sondern nur durch Vertrag verzichten kann, wenigstens solange ihm das Eigentum noch nicht zusteht [115]).

Diese Grundsätze sind natürlich auch auf das Besitzmittlungsverhältnis beim antizipierten Besitzkonstitut anwendbar. Gibt der Veräußerer nach Abschluß des antizipierten Besitzkonstituts seinen Besitzmittlungswillen auf und erwirbt er dann den Besitz, so geht Eigentum nicht über, denn nach dem antizipierten Besitzkonstitut ist nötig, daß der Veräußerer im Augenblick des Besitzerwerbes für den Erwerber besitzen will.

Die an sich bestehende Parteigebundenheit des antizipierten Besitzkonstituts kann also einseitig durch den Veräußerer hinfällig gemacht werden.

Dies Ergebnis erscheint zwar zunächst etwas eigenartig, weil damit abweichend vom üblichen die Aufhebung eines Vertrages, und zwar des dinglichen, in die Hand einer Partei gelegt zu sein scheint. Tatsächlich handelt es sich aber nicht um eine Aufhebung, sondern nur um eine Vereitelung des Eintritts der Vertragswirkung, wie es ähnlich z. B. auch bei einem Vertrage unter einer aufschiebenden Bedingung möglich ist. Ob irgendwelche Ersatzansprüche oder dgl. aus einer solchen Vereitelung entstehen können, kann hier dahingestellt bleiben.

Auch beim gewöhnlichen Besitzkonstitut ist es im Grunde nicht anders. Denn auch da kann das Besitzmittlungsverhältnis jederzeit durch einseitige Willensänderung des Veräußerers, nämlich etwa durch Kündigung, beendet werden. Auf die Eigentumsübertragung übt das allerdings, nachdem sie einmal erfolgt ist, keinen Einfluß aus, aber diese Ab-

115) Walsmann S. 252 u. 274.

weichung erklärt sich beim antizipierten Besitzkonstitut ohne weiteres durch die Verschiebung der dinglichen Wirkung in die Zukunft.

Man kann auch nicht sagen, daß das Ergebnis irgendwie unbillig ist. Denn einmal muß der Erwerber gerade beim antizipierten Besitzkonstitut damit rechnen, daß der zukünftige Erwerb so viel Fährlichkeiten ausgesetzt ist, daß daraus überhaupt nichts wird. Sodann ist das antizipierte Besitzkonstitut aber auch genau so gut eine Vertrauenssache wie das gewöhnliche Besitzkonstitut. Denn beim gewöhnlichen Besitzkonstitut muß der Erwerber jeden Augenblick gewärtig sein, daß der Veräußerer das in ihn gesetzte Vertrauen täuscht und die ihm belassene Sache an einen gutgläubigen Dritten übereignet. Ein ähnliches Vertrauen setzt der Erwerber auch beim antizipierten Besitzkonstitut in den Veräußerer, indem er sich darauf verläßt, daß der Veräußerer die zu erwerbende Sache für ihn, den Erwerber, besitzen will; nur liegt hier der Vertrauensbruch nicht in der Vernichtung des Eigentums des Erwerbers, sondern in der Verhinderung des Eigentumsüberganges auf den Erwerber überhaupt, ein Unterschied also, der nur die verschiedene Handlungsweise kennzeichnet, aber nicht eine Verschiedenheit des rechtlichen Ergebnisses fordert.

Zu beachten ist noch, worauf Wolff[116]) mit Recht hinweist, daß die Willensänderung, nicht mehr für den mittelbaren Besitzer besitzen zu wollen, nicht auf einem geheimen Willen des Veräußerers beruhen darf, sondern eine Willensbetätigung erfordert, da ein innerer, nicht zum Ausdruck gekommener Wille im Rechtsleben keine Beachtung findet. Hat also beim antizipierten Besitzkonstitut der Veräußerer einmal beim Abschluß des antizipierten Besitzkonstituts dem Erwerber erklärt, den Besitz der zu erwerbenden Sache für den Erwerber ausüben zu wollen, so muß, wenn er diese Absicht aufgibt, diese Willensänderung in die Erscheinung treten. Es ist dann also wieder eine sogenannte Ausführungshandlung erforderlich, allerdings in entgegengesetzter Richtung wie sonst gelegentlich beim antizipierten Besitzkonstitut.

---

116) § 15 II, 2.

IV. Das zeitliche Verhältnis von Einigung und Uebergabe bei den §§ 931, 934 BGB.

§ 13.

a) Die Abtretung des Herausgabeanspruchs.

Der zweite Fall, in dem nach dem BGB. die Uebergabe ersetzt werden kann, ist der des § 931 BGB.

Nach dieser Vorschrift kann, wenn ein Dritter im Besitz der zu übereignenden Sache ist, die Uebergabe dadurch ersetzt werden, daß der Eigentümer dem Erwerber den Anspruch auf Herausgabe der Sache abtritt. Daneben bleibt natürlich die Einigung über den Eigentumsübergang erforderlich.

Dem bisherigen Recht war diese Möglichkeit der Uebereignung nicht bekannt. Im gemeinen Recht war nur die rei vindicatio, die Eigentumsklage, abtretbar, ohne daß durch eine solche Abtretung das Eigentum übertragen wurde [117]).

Das BGB. hat die Uebereignung durch Einigung und Abtretung des Herausgabeanspruchs zugelassen, um eine Eigentumsübertragung zu ermöglichen, auch wenn sich ein Dritter im Besitz der Sache befindet, ohne daß dem bisherigen Eigentümer der mittelbare Besitz zusteht [118]); die Zulassung geschah wie beim Besitzkonstitut in der Hauptsache aus praktischen Erwägungen heraus [119]).

Die Abtretung des Herausgabeanspruches vollzieht sich nach den allgemeinen Grundsätzen (§ 413 BGB.).

Gleichgültig ist es für die Möglichkeit des Eigentumsüberganges nach § 931 BGB., ob der Veräußerer mittelbarer Besitzer (z. B. Vermieter) ist, oder ob er überhaupt keinen Besitz hat (die Sache ist ihm gestohlen). Im ersten Fall besitzt er einen dinglichen Anspruch auf Herausgabe und einen obligatorischen (z. B. aus dem Mietsvertrag), im zweiten Fall nur den dinglichen Anspruch.

---

117) Windscheid II § 337 Nr. 4: „Der Erwerber des dinglichen Anspruchs erwirbt nicht das dingliche Recht; dieses bleibt bei dem bisherigen Anspruchsberechtigten."

118) Denn dann kann auch, wie zu § 10 a. E. ausgeführt, die Uebereignung nach § 930 BGB. erfolgen.

119) Vgl. Protokolle Bd. 3 S. 202.

Die Abtretung des Herausgabeanspruchs bezieht sich in jedem Fall auf den dinglichen Anspruch, da kein Anlaß vorliegt, die beiden Fälle verschieden zu behandeln[120]). Es ist nicht einzusehen, warum dieselbe Wirkung, der Eigentumswechsel, in dem einen Fall durch Abtretung des obligatorischen, in dem anderen Fall durch Abtretung des dinglichen Anspruchs eintreten soll, zumal in beiden Fällen ein dinglicher abtretbarer Anspruch vorhanden ist. Allerdings wird, wenn ein obligatorischer Anspruch gegeben ist, dieser auch mit abgetreten, das hat aber nicht den Eigentumswechsel zur Folge, sondern den Besitzwechsel, der Erwerber wird dadurch mittelbarer Besitzer gemäß § 870 BGB. Dies kommt für § 934 BGB. in Betracht. Die im Anschluß hieran vertretene Ansicht[121]), das Eigentum ginge, wenn der veräußernde Eigentümer keinen Besitz mehr habe, durch bloße Einigung ohne Abtretung eines Herausgabeanspruchs über, dürfte mit dem klaren Wortlaut des § 931 BGB. in Widerspruch stehen, denn diese Vorschrift macht keinen Unterschied zwischen einem besitzenden und einem nichtbesitzenden Eigentümer, sie fordert lediglich, daß ein Dritter im Besitz der Sache ist.

Es ist daher auch nicht richtig zu sagen[122]), das Eigentum ginge im Wege von § 931 BGB. selbst dann über, wenn die Sache z. B. verloren sei und daher niemand sie in Besitz habe. Wenn kein Dritter die Sache in Besitz hat, kann es auch keinen Herausgabeanspruch geben, der abgetreten werden könnte, so daß die Voraussetzungen zum

---

120) Eingehend Oertmann in Arch. f. ziv. Praxis 113 S. 78 ff.; ferner RG. 52, 394: 94, 127; RG.Komm. § 931 A. 5; Staudinger § 931 Anm. 3a; Staub § 366 A. 13 a. E.; Planck § 931 A. 3a; Biermann § 931 Anm. 1c; Korn S. 354 A. 3; a. A. Wolff § 67 II, 1; Cosack 2, 1 § 38 III 1b; Warneyer § 931 II; Neuburger S. 30 ff.; Last S. 77.

121) Wolff § 67 II, 2; Cosack 2, 1 § 38 III 2; v. Tuhr I § 15 Anm. 105.

122) Wolff § 67 II 2; Planck § 931 A. 2; v. Thur I § 15 A. 105; Crome § 379 A. 40; Buhl § 11; Warneyer § 931 II; Kohler Arch. f. bürg. Recht 18 S. 88; Cosack 2, 1 § 38 III 2.

Eigentumsübergang nach § 931 BGB. nicht erfüllt werden können[123]).

§ 14.

b) Das zeitliche Verhältnis.

Bei der Eigentumsübertragung nach § 931 BGB. muß sich, da eine Uebergabe nicht stattfindet, die Untersuchung wieder wie im Falle des § 930 BGB. auf das zeitliche Verhältnis von Einigung und Uebergabeersatz, also hier der Abtretung des Herausgabeanspruchs, erstrecken.

Auch bei der Eigentumsübertragung nach § 931 BGB. wird ähnlich wie in den bisher besprochenen Fällen die dingliche Einigung oft nicht besonders ausgesprochen werden, sie wird stillschweigend in der Abtretung des Herausgabeanspruchs enthalten sein, so daß sich mit der Abtretung auch die Einigung vollzieht. Einigung und Uebergabesurrogat fallen in diesem Fall zeitlich zusammen.

Die Entscheidung der Frage, ob der Uebergabeersatz der dinglichen Einigung zeitlich vorangehen kann, hängt von der zweiten Frage ab, ob der dingliche Anspruch auf Herausgabe überhaupt vom Eigentum getrennt und ohne Eigentum abgetreten werden kann. Denn die Abtretung des Herausgabeanspruches betrifft, wie in § 13 ausgeführt, immer den dinglichen Anspruch.

Diese weitere Frage ist zunächst mit der herrschenden Lehre zu bejahen, der dingliche Herausgabeanspruch ist unabhängig vom Eigentum selbständig abtretbar, wie aus den §§ 255 und 1032 BGB. zu folgern ist[124]).

Die Bejahung dieser Frage zieht dann aber notwendig auch die Bejahung der ersten Frage nach sich. Denn da die

---

123) Biermann § 931 A. 3; Staudinger § 931 A. 5; Zitelmann S. 51; Oertmann Arch. f. ziv. Praxis 113, 78; RG. Komm. § 931 A. 1.

124) Vgl. über diese Frage die eingehenden und zutreffenden Ausführungen von Oertmann im Archiv für ziv. Praxis Bd. 113 S. 51 ff.; die Literatur siehe dort S. 53/54; dazu ist nachzutragen: Der herrschenden Ansicht folgen weiter Warneyer § 985 I; Raape S. 120; Enneccerus jetzt § 204 II 2; a. A. RG. Komm. jetzt § 985 A. 1.

Abtretung des Herausgabeanspruches unabhängig vom Eigentum erfolgen kann, ist es natürlich möglich, daß der Eigentümer erst den Herausgabeanspruch dem Erwerber aus irgendwelchen Gründen abtritt und die Parteien sich dann später über den Eigentumsübergang einigen. Steht dem Erwerber noch zur Zeit der Einigung der Herausgabeanspruch zu, so liegen beide Erfordernisse von § 931 BGB. vor, und Eigentum geht über[125]). Die Abtretung des Herausgabeanspruchs geht in solchem Fall der Einigung über den Eigentumsübergang zeitlich voran.

Daß umgekehrt die Einigung dem Uebergabesurrogat zeitlich voraufgehen kann, ist ebenfalls wie in den bisher erwähnten Fällen der Fahrnisübereignung möglich. A. und B. einigen sich z. B. über den Eigentumsübergang der Uhr des A., hinterher stellt A. erst fest, daß sie schon früher von C. gestohlen ist. Er tritt nun dem B. den ihm gegen C. zustehenden Herausgabeanspruch ab. Damit liegen Einigung und Uebergabeersatz vor, und Eigentum geht über.

Wie in den anderen Fällen der Fahrnisübereignung darf die voraufgehende Einigung bis zum Uebergabeersatz nicht widerrufen oder sonst irgendwie in Fortfall gekommen sein, die Parteien müssen noch einig sein bei der Vornahme des Uebergabesurrogats. Diese noch fortbestehende Einigung wird im allgemeinen aus der Vornahme der Anspruchsabtretung ohne weiteres zu unternehmen sein.

Beim Erwerb vom Nichteigentümer nach § 934 BGB. sind für den Zeitpunkt der Uebereignung zwei Fälle zu unterscheiden. Im ersten Fall ist der Veräußerer mittelbarer Besitzer der Sache, dann wird der Erwerber mit Einigung und Abtretung des Herausgabeanspruchs Eigentümer[126]), so daß sich insoweit dieser Fall in nichts von § 931 BGB. unterscheidet. Daher ist auch das zeitliche Verhältnis von Einigung und Uebergabesurrogat in seinen verschiedenen Möglichkeiten ebenso wie oben entwickelt.

Im zweiten Fall hat der Veräußerer keinen Besitz, dann wird der Erwerber erst mit der Besitzerlangung Eigentümer.

---

125) Anders natürlich, wenn der Herausgabeanspruch z. Zt. der Einigung nicht mehr dem Erwerber zusteht.

126) Guten Glauben vorausgesetzt.

Zu den Erfordernissen der Einigung und Abtretung kommt noch der tatsächliche Besitzerwerb hinzu, um den Eigentumswechsel zu ermöglichen. Den dinglichen Vertrag bilden auch hier nur Einigung und Uebergabeersatz, nur seine Wirksamkeit ist aus besonderen Gründen von einem weiteren Moment abhängig gemacht. Das zeitliche Verhältnis von Einigung und Uebergabeersatz wird dadurch nicht berührt, so daß sich auch hier dieselben Möglichkeiten wie bei § 931 BGB. ergeben.

V. Das zeitliche Verhältnis von Einigung und Uebergabe bei den §§ 929 S. 2, 932 S. 2 BGB.

§ 15.

a) Die Uebergabe kurzer Hand und das zeitliche Verhältnis im allgemeinen.

Nur in einem Fall[127]) der Uebereignung beweglicher Sachen fällt die Uebergabe ersatzlos weg, die Einigung bewirkt allein den Eigentumsübergang, vorausgesetzt, daß der Erwerber schon Besitz an der Sache hat. Es ist dies die sogenannte brevi manu traditio oder Uebergabe kurzer Hand, § 929 S. 2 BGB. Die letzte Bezeichnung ist allerdings nicht ganz zutreffend, da eine Uebergabe nicht immer stattzufinden braucht, es ist gleichgültig, ob der Erwerber den Besitz vom Eigentümer oder auf andere, auch unrechtmäßige Weise erworben hat: es genügt Besitz, es braucht nicht Uebergabebesitz zu sein.

Da es eine Uebergabe nicht gibt, muß bei § 929 S. 2 BGB. das zeitliche Verhältnis der Einigung zum Besitz bzw. Besitzerwerb untersucht werden, und zwar soll dies zunächst bei den Fällen, in denen eine wirkliche Uebergabe stattgefunden hat, geschehen.

---

127) a. A. Wolff § 67 II 2: Cosack 2. 1 § 38 III 2: v. Tuhr I § 15 Anm. 105, die wie in § 13 ausgeführt, bei § 931 BGB. einen zweiten Fall kennen, in dem der Eigentumswechsel auf Grund bloßer Einigung stattfindet.

Den Regelfall spricht § 929 S. 2 BGB. klar aus: es erfolgt erst die Uebergabe, später die Einigung. Hierher gehören die Beispiele, die in § 7 behandelt wurden. Sowie bei der gewöhnlichen Fahrnisübereignung die Uebergabe, die, wie ausgeführt, sich über einen längeren Zeitraum erstrecken kann, vollendet ist, ehe die Einigung zustande gekommen, liegt der Normalfall des § 929 S. 2 BGB. vor.

Daß Einigung und Uebergabe zusammenfallen, oder die Einigung der Uebergabe bei § 929 S. 2 BGB. vorhergeht, ist ausgeschlossen; denn diese Fälle sind vom Gesetzgeber besonders im § 929 S. 1 BGB. behandelt. § 929 S. 2 BGB. stellt eben lediglich einen besonderen Fall von § 929 S. 1 BGB dar. Ist der Besitz also durch Uebergabe erlangt, so kann bei § 929 S. 2 BGB. die Einigung der Uebergabe zeitlich nur nachfolgen.

Hat der Erwerber den Besitz nicht durch Uebergabe vom Veräußerer erlangt, sondern auf andere Weise, so ist der Regelfall für das zeitliche Verhältnis auch hier eindeutig durch § 929 S. 2 BGB. festgelegt: die Einigung folgt dem Besitzerwerb zeitlich nach. A. stiehlt z. B. dem B. dessen Uhr und veräußert sie an C., der gemäß § 935 BGB. nicht Eigentümer wird. Nachdem B. den Sachverhalt erfahren hat, einigt er sich, da er die Uhr gerne los sein will, mit C. über den Eigentumsübergang, der nunmehr auf Grund dieser Einigung gemäß § 929 S. 2 BGB. Eigentümer wird. Anders wäre es meist, wenn A. die Uhr behalten hätte und die Einigung daher zwischen A. und B. erfolgt wäre. Denn in der Regel wird dann in der Einigung auch eine Genehmigung des B. liegen, die den Besitz des A. in Uebergabebesitz verwandelt [128]), so daß Einigung und Uebergabe vorliegen und Eigentum nach § 929 S. 1 BGB. übergeht.

Die zweite Möglichkeit der zeitlichen Reihenfolge von Einigung und Besitzerwerb besteht darin, daß beide im selben Augenblick erfolgen und somit zeitlich zusammenfallen. Ist diese Möglichkeit gegeben, so würde Eigentum nach § 929 S. 2 BGB. übergehen und nicht nach § 929 S. 1 BGB., da § 929 S. 1 BGB. Uebergabebesitz verlangt, während hier

128) Vgl. oben § 4.

die Fälle des § 929 S. 2 BGB. zur Untersuchung stehen, in denen der Besitz nicht durch Uebergabe erlangt ist.

Diese Möglichkeit muß verneint werden. Es ist zwar sehr wohl denkbar, daß der Erwerber sich eigenmächtig in den Besitz der zu übereignenden Sache setzt, während er sich mit dem Eigentümer über den Eigentumsübergang einigt, und daß die Besitzergreifung im selben Augenblick wie die Einigung vollendet wird. A. und B. sind z. B. zusammen in einem Zimmer, und B. ergreift die auf dem Tisch liegende Uhr des A., um sie zu stehlen. A. sagt im selben Augenblick zu ihm, ohne das Vorhaben von B. zu bemerken: „Ich will dir meine Uhr schenken, willst du sie zu Eigentum haben?" Noch während B. die Uhr ergreift und in seine Tasche gleiten läßt, erklärt er sein Einverständnis mit dem Vorschlage des A. Aber das Eigentum geht in diesem Fall nicht auf B. über, denn die Tatsache des Besitzerwerbs genügt nicht, um den Tatbestand des § 929 S. 2 BGB. zu erfüllen, wenn nicht der Veräußerer irgendwie sein Einverständnis mit dem bestehenden Besitz oder zukünftigen Besitzerwerb des Erwerbers zu erkennen gegeben hat[129]).

Das Eigentum würde also höchstens erst in dem Zeitpunkt übergehen, wenn A. den Besitzerwerb des B. genehmigt hätte. Mit der Genehmigung würde aber Besitzübergabe vorliegen[130]), so daß das Eigentum nicht nach § 929 S. 2, sondern nach § 929 S. 1 BGB. auf B. übergehen würde.

Es bleibt daher dabei, daß bei § 929 S. 2 BGB. Besitzerwerb und Einigung zeitlich nicht zusammenfallen können. Ueber die dritte Möglichkeit der zeitlichen Reihenfolge dieser beiden Momente — erst Einigung, dann Besitzerwerb — soll erst im § 16 gesprochen werden.

Beim Erwerb vom Nichteigentümer im Wege des § 929 S. 2 BGB. genügt gemäß § 932 S. 2 BGB. der Besitzerwerb nur dann, wenn der Erwerber den Besitz vom Veräußerer erlangt hatte. Es muß also stets Uebergabebesitz sein. Infolgedessen ist das zeitliche Verhältnis von Einigung und Uebergabe beim Erwerb vom Nichteigentümer in keiner Weise anders als in den oben geschilderten Fällen des

129) Zitelmann S. 52/53.
130) Vgl. oben § 4.

§ 929 S. 2 BGB., in denen der Besitz des Erwerbers auf Uebergabe beruhte: Die Einigung muß im Fall des § 932 S. 2 BGB. der Uebergabe zeitlich nachfolgen, sonst vollzieht sich der Eigentumswechsel nach den §§ 932 S. 1, 929 S. 1 BGB.

§ 16.

b) Die antizipierte Uebergabe kurzer Hand.

Sehr bestritten ist die Frage, ob die Einigung des § 929 S. 2 BGB. dem Besitzerwerb durch den Erwerber zeitlich vorhergehen kann, oder ob eine Einigung nach § 929 S. 2 BGB. erst dann erfolgen kann, wenn der Erwerber bereits im Besitz der zu übereignenden Sache ist. Es ist dies die Streitfrage nach der Gültigkeit der antizipierten Uebergabe kurzer Hand.

Praktisch wird die Frage einmal bei künftigen Sachen, die mit ihrer Entstehung in den Besitz des Erwerbers und an sich in das Eigentum des Veräußerers gelangen, und sodann bei Sachen, die im Besitz und Eigentum eines Dritten stehen. Für letzteres gibt v. Tuhr[131] folgendes Beispiel: A. hat von D. die Uebereignung einer Sache zu fordern; er bevollmächtigt den X. mit der Einziehung dieser Sache und einigt sich mit ihm zugleich dinglich dahin, daß das Eigentum im Augenblick der Empfangnahme der Sache durch X. an A. auf X. übergehen soll, so daß A. im gleichen Augenblick das Eigentum von D. empfängt und an X. verliert. Die Eigentumsübertragung an X. soll sich nach v. Tuhr gemäß § 929 S. 2 BGB. vollziehen, da Besitz des Erwerbers und Einigung der Parteien, also die beiden Erfordernisse des § 929 S. 2 BGB., vorhanden sind.

Es ist richtig, daß, wenn X überhaupt Eigentümer wird, er dies nur im Wege des § 929 S. 2 BGB. geworden sein kann. Denn eine Abtretung des Herausgabeanspruches und Eigentumsübertragung nach § 931 BGB. liegt zwischen A. und X. nicht vor, da dem A. ein dinglicher Herausgabeanspruch, wie er für § 931 BGB. nötig ist[132]), überhaupt nicht zusteht. Auch würde im Fall des § 931 BGB. das

131) Jherings Jahrb. 48 S. 43.
132) Vgl. § 13.

Eigentum sofort übergehen und nicht erst mit dem Besitzerwerb des X., wie v. Tuhr es will.

Man kann auch in obigem Beispiel in der Einigung nicht die Erlaubnis sehen, sich die Sache zu holen (Uebergabe durch Besitzergreifung auf Grund vorheriger Einwilligung), denn das ist nur möglich, wenn der Veräußerer selbst Besitzer ist, das fehlt aber in dem Beispiel.

Der Eigentumsübergang auf X. ist also nur möglich, wenn eine Einigung mit dinglicher Wirkung für die Zukunft geschlossen werden kann, bevor der Erwerber den Besitz an der zu übereignenden Sache erlangt hat, oder mit anderen Worten, wenn die antizipierte Uebergabe kurzer Hand möglich ist.

Die Fragen, die bei der antizipierten Uebergabe kurzer Hand auftauchen, sind dieselben wie beim antizipierten Besitzkonstitut. Wie dort wird auch hier versucht, die antizipierte Uebergabe kurzer Hand durch Selbstkontrahieren des Erwerbers nach § 181 BGB. zu konstruieren[133]), aber dieser Weg, wenn er auch an sich zulässig ist, bedeutet nicht die eigentliche, dinglich wirkende Uebergabe kurzer Hand, sondern nur eine obligatorisch wirkende Ermächtigung, die dingliche Einigung durch Selbstkontrahieren vorzunehmen. Es kommt vielmehr für die antizipierte Uebergabe kurzer Hand ebenso wie für das antizipierte Besitzkonstitut nur darauf an, ob überhaupt eine Vorausverfügung über weder im Besitz noch im Eigentum einer der Parteien stehenden Sachen und sogar über noch nicht existierende Sachen rechtlich zulässig ist, und ob nicht durch den Wortlaut des § 929 S. 2 BGB. eine solche Vorausverfügung, wenn sie möglich ist, für diesen Fall ausdrücklich ausgeschlossen ist.

Die Vorausverfügung über fremde und zukünftige Sachen ist bereits in § 12 besprochen, die dort gemachten Ausführungen haben auch hier zu gelten. Das Ergebnis war, daß eine Vorausverfügung selbst über künftige Gegenstände rechtlich möglich ist, wenn nicht die Vorausverfügung eine Handlung erfordert, die die Existenz des betr. Gegenstandes unbedingt erfordert, wie es z. B. bei einer Voraussetzung nach § 929 S. 1 BGB. infolge der dabei erforderlichen

---

133) Wolff § 66 II.

Uebergabe der Fall wäre. Da eine Verfügung nach § 930 BGB. ohne eine solche Handlung vorzunehmen ist, wurde die Möglichkeit einer Vorausverfügung im Wege des Besitzkonstituts an sich bejaht.

Ebenso liegt es bei der Uebergabe kurzer Hand, bei der die Verfügung lediglich in der dinglichen Einigung der Parteien besteht, also auch keine Handlung voraussetzt, die die Existenz der Sache, über die verfügt werden soll, notwendig macht, daher ist auch bei der Uebergabe kurzer Hand die Möglichkeit einer Vorausverfügung an sich festzustellen[134]).

Der Wortlaut des § 929 S. 2 BGB. schließt die Vorausverfügung gleichfalls nicht aus. Aehnlich wie im Fall des § 930 BGB. tragen die Worte des § 929 S. 2 BGB. „Ist der Erwerber im Besitze der Sache, so ..." nicht zeitlichen, sondern konditionalen Charakter. Auch hier zeigt die Gegenüberstellung von § 929 S. 2 BGB. mit den §§ 930, 931 BGB., daß diese Worte nur die einzelnen Fälle der Eigentumsübertragung voneinander abgrenzen[135]) und nur bestimmen sollen, daß, *wenn* der Erwerber im Besitz der Sache ist, die bloße Einigung zur Uebereignung genügt. Daß dieser Besitz schon im Augenblick der Einigung vorhanden sein muß, ist aber nicht gesagt, sondern nur, daß zur Uebereignung der Besitz des Erwerbers und die — irgendwann einmal erfolgte — Einigung der Parteien erforderlich sind. Den Normalfall wird es allerdings meist bilden, daß der Erwerber zur Zeit der Einigung bereits den Besitz hat, aber das Gesetz denkt offenbar auch nur an diesen Normalfall[136]), ohne damit die anderen Möglichkeiten zu verbieten. Gerade aus dem Vergleich mit den §§ 930, 931 BGB. ist zu schließen, daß der Besitz des Erwerbers lediglich Voraussetzung ist dafür, daß die dingliche Einigung zur Uebereignung ausreichend ist im Gegensatz zu den anderen Fällen der Uebereignung. Die dingliche Einigung bewirkt die Uebereignung, sowie der Erwerber den Besitz der Sache erlangt

134) RG. 85, 333 sieht mit Recht in einer solchen Vorausverfügung einen der Abtretung künftiger Forderungen innerlich gleich gelagerten Vorgang.

135) Müller S. 240.

136) v. Tuhr in Jher. Jahrb. 48 S. 47 für § 930 BGB.

hat. Mit anderen Worten: Der Besitz des Erwerbers ist im Fall des § 929 S. 2 BGB. nicht Voraussetzung für den Abschluß des dinglichen Vertrages, sondern für dessen Wirksamkeit.

Sind die Parteien daher ausdrücklich oder stillschweigend von dieser Voraussetzung ausgegangen und haben die Wirksamkeit ihrer Einigung von dem zukünftigen Besitzerwerb des Erwerbers abhängig gemacht, so geht das Eigentum nach § 929 S. 2 BGB. über. Die antizipierte Uebergabe kurzer Hand ist also für gültig zu erachten [137]).

Nicht ganz zutreffend erscheint es, wenn das Reichsgericht und v. Tuhr a. a. O. die antizipierte Uebergabe kurzer Hand als aufschiebend bedingt durch die Entstehung der Sache und den Besitzerwerb des Erwerbers bezeichnen. Denn es handelt sich nicht um eine von den Parteien willkürlich dem Vertrag zugefügte Bedingung, sondern wie beim antizipierten Besitzkonstitut um eine Rechtsbedingung [138]).

Wie bei der echten Bedingung tritt bei der Rechtsbedingung eine Gebundenheit der Parteien an den geschlossenen Vertrag, die Einigung, ein, so daß die Parteien die antizipierte Uebergabe kurzer Hand nicht einseitig widerrufen können, von besonderen Umständen abgesehen. Biermann [139]) meint allerdings wie beim antizipierten Besitzkonstitut auch hier, die Einigung müsse im Zeitpunkt des Besitzerwerbes noch fortbestehen, doch kann auch hier damit nicht die Möglichkeit eines einseitigen Widerrufs gemeint sein, sondern nur die Möglichkeit, die Einigung durch neuen Vertrag, durch Anfechtung oder dgl. zu beseitigen.

Ausgeschlossen ist es bei der antizipierten Uebergabe kurzer Hand, daß der nachfolgende Besitzerwerb des Erwerbers durch Uebergabe geschieht, denn dann läge ein Fall

---

137) Biermann § 929 A. 4 aβ; v. Thur in Jher. Jahrb. 48 S. 43; Müller S. 250; v. Thur II 1 § 60 A. 116; RG. 85, 333; RG.Komm. § 929 A. 6; Staudinger § 929 I, 9 u. VI e; Warneyer § 929 VI; Zitelmann S. 52; Cosack 2, 1 § 38 IV; a. A. Planck § 929 A. 8; Wolff § 66 II.

138) Vgl. oben § 12 und Oertmann, Rechtsbedingung § 10.

139) § 929 A. 4 aβ.

des § 929 S. 1 BGB. vor, von dem § 929 S. 2 BGB. immer nur einen besonderen Fall bildet. Die antizipierte Uebergabe ist daher immer nur möglich, wenn der Erwerber auf andere Art als vom Veräußerer den Besitz erlangt.

Aus dem gleichen Grunde ist auch die antizipierte Uebergabe kurzer Hand im Falle des § 932 S. 2 BGB. ausgeschlossen, da § 932 S. 2 BGB. stets Uebergabebesitz zur Uebereignung voraussetzt.

C. Schluß.

§ 17.

Als Ergebnis der Frage nach dem zeitlichen Verhältnis von Einigung und Uebergabe bei der Fahrnisübereignung des BGB. kann nunmehr folgendes festgestellt werden.

Daß bei den verschiedenen Uebereignungsarten alle drei Möglichkeiten der Reihenfolge an Einigung und Uebergabe bzw. Uebergabeersatz vorkommen können mit den jeweils geschilderten Einschränkungen, kann nicht eigentlich als Regel bezeichnet werden, denn sehr oft finden sich nur zwei, teilweise auch nur eine der Möglichkeiten. Gerade beim Normalfall der Fahrnisübereignung, beim § 929 S. 1 BGB. gibt es nur zwei Möglichkeiten, die dritte Möglichkeit, daß die Einigung der Uebergabe nachfolgt, fehlt hier, weil das Gesetz hieraus den besonderen Fall des § 929 S. 2 BGB., der insoweit daher eine direkte Ergänzung des § 929 S. 1 BGB. bildet, gestaltet hat.

Anders als beim Normalfall der Uebereignung können dagegen bei den Uebereignungen unter Ersatz der Uebergabe (§§ 930, 933, 931, 934 BGB.) alle drei Möglichkeiten der zeitlichen Reihenfolge an Einigung und Uebergabe vorkommen, wobei allerdings bei § 930 BGB. durch das antizipierte Besitzkonstitut insofern eine Ausnahme gebildet wird, als es hierbei als ausgeschlossen erscheint, daß die Einigung der Vereinbarung eines Rechtsverhältnisses nachfolgt. Aeußerlich gesehen gewährt also die Uebereignung unter Ersatz der Uebergabe mehr Spielraum als der Normalfall der Uebereignung.

In der Zusammenstellung fehlt jetzt nur noch § 929 S. 2 BGB. Hier ist zu unterscheiden zwischen Besitzerlangung des Erwerbers durch Uebergabe und Besitzerlangung auf andere Weise. Im letzteren Fall sind zwei Möglichkeiten gegeben, nämlich die sowohl der Besitzerlangung vorausgehende (antizipierte Uebergabe kurzer Hand) wie nachfolgende Einigung.

Hat dagegen der Erwerber den Besitz vom Veräußerer durch Uebergabe erlangt, so gibt es für diesen Fall der Fahrnisübereignung nur eine Möglichkeit: die Einigung folgt der Uebergabe stets nach. Es ist dies wieder der besonders gestaltete Fall des § 929 S. 1 BGB.